

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

TEDY LEMOS SANTOS

**O controle judicial da discricionariedade administrativa: limites e controle para
uma melhor Administração Pública**

**CURITIBA
2009**

TEDY LEMOS SANTOS

**O controle judicial da discricionariedade administrativa: limites e controle para
uma melhor Administração Pública**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho.

**CURITIBA
2009**

À Stella, minha amada companheira, por todo amor, carinho, dedicação, encorajamento, pelos dias maravilhosos que me proporciona, pela presença e incansável apoio ao longo do período de elaboração deste trabalho.

Aos meus pais, por todo esforço e sacrifício proporcionados à minha educação, por todo o amor e por tudo o que alcancei.

Ao meu irmão, pelo fundamental companheirismo e incentivo constante.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pelo dom da vida, pelo amor, amparo e presença constante.

Ao Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho, pela orientação, confiança e ensinamentos valiosos.

À Prof^a. Dra. Ângela Cássia Costaldello, pelas edificantes conversas nos corredores da faculdade, valorosos apontamentos, prontidão constante e amizade dispensada.

À Prof^a. Adriana da Costa Ricardo Schier, pelo seu apoio e atenção.

A todos os professores que me ajudaram a enxergar o Direito de uma forma humanista e justa, mudando minha visão da sociedade e do mundo.

Aos colegas da graduação Wallace, Thiago, Silvio, Marcelo, Victor, Fabrício, Mykael, André Rigão, José Antônio, Caetano, Rodrigo Rodas, Daiana, Solis, Sônia, Luis Carlos Barutti e Roberto, pela amizade, companheirismo, troca de informações e materiais numa rara demonstração de amizade e solidariedade. E aos demais colegas que de alguma forma contribuíram ao longo desses cinco anos e no desenvolvimento deste trabalho.

RESUMO

O ato administrativo discricionário é aquele praticado no exercício da competência discricionária em que a lei confere uma margem de atuação ao agente público, que atua segundo critérios de oportunidade e conveniência. Como é o próprio ordenamento que confere este espaço, a polêmica reside no fato do Poder Judiciário invadir esse espaço intencionalmente reservado pelo legislador. Há autores que defendem uma consideração ampla do princípio da legalidade para justificar a vinculação da Administração Pública ao direito como um todo e assim, fornecer subsídios para uma interferência ampla do Judiciário nas opções tomadas pelo administrador público. Em contrapartida, ramo da doutrina considera o mérito do ato administrativo, que pressupõe o exercício da discricionariedade, a salvo de todo questionamento externo. O presente estudo analisa essa questão partindo do pressuposto que mesmo considerando o princípio da legalidade numa concepção restrita o administrador público não estará com sua liberdade dilatada no momento de tomar uma decisão, pois ao seu lado, nosso texto constitucional coloca o princípio da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência. Entendemos que todo entendimento do controle judicial da discricionariedade administrativa deverá passar por um completo entendimento do ato administrativo, seus elementos, atributos e classificação. A atuação do juiz no Estado Democrático de Direito bem como o atual panorama político brasileiro também ganharão destaque nesses pressupostos de conhecimento. O debate em torno do mérito do ato administrativo será muitas vezes alvo de análise por ser o elemento em que a controvérsia mais se acentua. Como a atividade do administrador público se reveste da mais alta importância, pois cabe a ele gerir os recursos auferidos de toda a sociedade, o controle e a fiscalização se justificam pelo motivo desse mandato ser uma atividade do que não é proprietário, do que não dispõe do negócio administrado. É assim que o controle judicial da discricionariedade administrativa é um tema bastante instigante e que merece toda a nossa atenção, pois não poderá ser apreendido de forma unívoca e isoladamente.

Palavras-chave: Administração Pública. Legalidade. Ato administrativo discricionário. Mérito do ato Administrativo. Controle judicial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	8
2 ENTENDENDO O ATO ADMINISTRATIVO.....	18
3 ELEMENTOS OU REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	21
4 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	26
5 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO.....	28
6 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	29
7 CONCEITO E JUSTIFICAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	31
8 O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO.....	38
9 A ATUAÇÃO DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O ATUAL PANORAMA POLÍTICO BRASILEIRO.....	39
10 JUSTIFICAÇÃO PARA O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	45
11 CONSEQÜÊNCIAS DO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE.....	53
12 A IMPORTÂNCIA DA MOTIVAÇÃO PARA O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE.....	54
13 OS IMPEDIMENTOS E OS LIMITES À REVISÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO PELO PODER JUDICIÁRIO.....	57
14 ATÉ QUE PONTO O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA É A SOLUÇÃO PARA SE CHEGAR A UMA MELHOR ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	61
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69

Introdução

O presente estudo é fruto de reflexões sobre a possibilidade do controle por parte do Poder Judiciário sobre a discricionariedade administrativa.

Para tanto, a pesquisa iniciará com a análise das transformações que o Estado de Direito percorreu até chegar ao modelo de Estado Democrático de Direito que temos hoje. A compreensão do princípio da legalidade também passou por mutações e atualmente defende-se a consideração da legalidade de forma ampla para justificar uma maior sindicabilidade dos atos administrativos pelo juiz.

Tentaremos demonstrar como não é necessário ampliar o sentido do princípio da legalidade para submeter o administrador público ao Direito como um todo. A Constituição de 1988 adota uma concepção restrita desse princípio e nem por isso o administrador estará com sua liberdade dilatada no momento de tomar uma decisão.

Partimos do pressuposto que para qualquer análise do controle judicial da discricionariedade administrativa deve-se conhecer e entender o ato administrativo em suas entranhas, estudar os seus elementos ou requisitos a fim de abordar o fenômeno em sua causa. Negligenciar esse caminho seria cair na superficialidade.

A atuação do juiz no Estado Democrático de Direito bem como o atual panorama político brasileiro também farão parte dos pressupostos desta análise, ganhando um capítulo à parte.

Diante da disparidade de posicionamento da Doutrina a respeito do tema, apresentaremos os extremos desta contradita com o objetivo de suscitarmos reflexões para o enriquecimento de tal debate.

Quando a sociedade se une para eleger o seu representante não está lhe dando uma carta em branco. Além dos compromissos fundamentais e urgentes que estarão sob sua responsabilidade, o administrador terá a missão de bem gerir os recursos auferidos dessa mesma sociedade que se reuniu para elegê-lo.

Diante de tamanha responsabilidade surge uma justa preocupação com o atuar deste representante eleito legitimamente. O que no mínimo se espera do seu comportamento são decisões e escolhas acertadas que obedeçam aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Daí surge questões como auferir o acerto de tais decisões e escolhas e também de como exercer uma fiscalização e controle dessa atuação administrativa.

Ora, se o seu mandato lhe confere uma necessária margem de discricionariedade, que não é arbítrio, para garantir mínimas condições de governo, o controle e a fiscalização sobre a sua atuação se justifica pelo motivo desse mandato ser uma atividade do que não é proprietário, do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado.

Diante de tais premissas, pretendemos analisar os limites e a legitimidade do Poder Judiciário para adentrar e interferir nos atos discricionários da Administração tendo sempre conosco uma inquietante preocupação com a melhor atuação possível do administrador público.

1 Estado Democrático de Direito e princípio da legalidade

Cármem Lúcia Antunes Rocha mostra que o princípio da legalidade passou por diversas transformações até chegar ao princípio da juridicidade¹. Segundo a autora, o princípio da legalidade somente pode ser encontrado, numa feição mais madura e democrática no Estado de Direito. O princípio da legalidade não deve se limitar à lei formal, mas à inteireza do Direito.²

Veremos que muitos autores ao defender um maior controle da Administração Pública incorporam ao princípio da legalidade quase todo o ordenamento jurídico. O professor da Faculdade de Direito de Paris, Ch. Eisenmann, ao analisar o princípio da legalidade, cita o exemplo de autores que incorporam a esse princípio o conjunto das leis constitucionais, das leis ordinárias, dos regulamentos, dos tratados internacionais, dos usos e costumes e até mesmo das normas jurisprudenciais.³

Ao longo deste capítulo analisaremos esta forma ampla de conceituação do princípio da legalidade contrapondo a uma visão restritiva e passaremos também pelas transformações que o Estado de Direito sofreu até chegar ao Estado Democrático de Direito.

Para a autora Cármem Lúcia Antunes Rocha, a formação do Estado de Direito advém da elaboração histórica das idéias e das instituições. No curso dos séculos, o poder do Estado foi dotado de limites postos e expostos objetivando assegurar a segurança jurídica e política dos indivíduos.⁴ A concepção inicial do Estado de Direito, aos primeiros momentos da experiência liberal, teve como fundamento o primado da forma sobre o conteúdo. Era o *Estado de Direito Formal*. Havia a exigência do rompimento com o Estado patrimonial que dominava a Idade Média no qual o ser humano não era o sujeito-fim das instituições e organizações políticas. Os fins eram ditados pelos interesses e vontades de determinadas pessoas que detinham e exerciam o poder. O Estado de Direito substituiu o domínio do *jus* feudal e determinou o primado do direito individual fundamental “inviolável e sagrado”, em sua expressão liberal de 1789.⁵

¹ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1994. p. 119.

²ROCHA, *op. cit.*, p. 79.

³EISENMANN, Ch. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 56, abr./jun.1959. p. 49.

⁴ROCHA, *op. cit.*, p. 70.

⁵ROCHA, *op. cit.*, p. 72.

O professor Luiz Guilherme Marinoni esclarece que o Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, teve no princípio da legalidade o fundamento para a sua imposição.⁶ Esse princípio elevou a lei a um ato supremo e assim a Administração e os juízes, a partir dele, ficaram impedidos de recorrer a qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei. Uma das idéias implantadas por esse princípio foi de que uma qualidade essencial de toda lei é pôr limites à liberdade individual. Para existir uma intromissão na liberdade dos indivíduos exigia-se uma lei aprovada com a cooperação da representação popular. O direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria da sua correspondência com a justiça, mas somente pelo fato de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa.⁷ Paolo Grossi, conhecido por sua lucidez, ao analisar o projeto jurídico burguês entre os séculos XVIII e XIX, expõe:

A norma suprema, que está no ápice da pirâmide hierárquica, ou seja, a lei, configura-se nesse projeto como um recipiente vazio, porque – sendo por definição axiomática expressão da vontade geral – não recebe, dos diferentes conteúdos, nenhuma contribuição a sua figura essencial. Efetivamente, uma norma não pode ser qualificada como lei em razão do seu conteúdo, mas por ter a sua origem no detentor da soberania, que a filtra mediante um rigoroso procedimento formal. A lei vazia era uma espécie de sapientíssima forma dentro da qual um legislador onisciente, infalível, onipotente, poderia hospedar qualquer conteúdo que desejasse.⁸

A partir daí, foi o curto o caminho para àqueles, desejosos em manter o poder em suas mãos com mais força e aparência de legitimidade, utilizarem-se das leis para tirar o melhor proveito dos seus interesses. A justiça era apenas formal e os direitos e garantias constitucionalmente assegurados não foram suficientes para fazê-los respeitados e cumpridos na medida em que a forma legal tinha a pretensão de assegurar.⁹

Com o surgimento do *Estado de Direito material* há uma busca da realização concreta da Justiça, busca-se tornar eficazes os direitos fundamentais. A lei não é dispensada, apenas se tem que a lei não é o fim, nem a única fonte do direito.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 23.

⁷ MARINONI, *op. cit.*, p. 24 e 25.

⁸ GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. 2ª Edição – tradução de Arno Dal Ri Júnior – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. p. 78.

⁹ ROCHA, *op. cit.*, p. 72.

Cármén Lúcia Antunes Rocha assevera que o Estado de Direito Material veio dar conteúdo de Justiça material onde esta faltava pelo primado da forma sobre todas as coisas. A idéia de Estado de Direito formal acopla-se a de Estado de Direito material a fim de que a realização da justiça material não se desapegue da segurança jurídica ofertada pelo sistema de Direito ao indivíduo.¹⁰

Como os princípios do liberalismo, cuja principal preocupação era a proteção da liberdade e da igualdade, mostraram-se incapazes para combater a profunda desigualdade que geraram, era normal que reações contrárias a esse sistema surgissem. Algumas na forma de Estados totalitários, como o da Alemanha nazista, o da Itália fascista e o do bloco comunista. Outros, como bem coloca Maria Sylvia Zanella Di Pietro, inspirados pela doutrina social da igreja e pelo neoliberalismo, “buscaram soluções intermediárias, que embora reconhecendo e garantindo os direitos individuais, atribuíram ao Estado missão mais ativa para superar as desigualdades surgidas nos âmbitos social e econômico.”¹¹

Desta forma surge o *Estado Social*, também chamado Estado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito.¹² A idéia inicial que se estabeleceu com esse novo panorama foi “o abandono ou a superação do individualismo e a busca da socialização dos interesses e dos bens a serem prestados pelo Estado, para a concretização da Justiça com o reconhecimento e garantia dos direitos sociais.”¹³ A esse respeito, Paulo Bonavides declara:

Quando se chega ao Estado Social, já ficou para trás toda uma concepção de vida, com as tradições de um passado morto e irrecuperável. O Estado Social é, sob certo aspecto, decorrência do dirigismo que a tecnologia e o adiantamento das idéias de colaboração humana e social impuseram ao século. De um lado, os povos que vêem nele o instrumento de sua maioria política, social e econômica. De outro, a escolha hamletiana entre a planificação livre e a planificação completa.¹⁴

Esse modelo de Estado, devedor de prestações que visam compensar os desníveis sociais, se agigantará para dar conta das suas novas atribuições.¹⁵ O

¹⁰ ROCHA, *op. cit.*, p. 73.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade na Constituição de 1988**. 2ª Ed. – São Paulo. Editora Atlas, 2001. p. 29.

¹² DI PIETRO, *Discrecionalidade na Constituição...*, *op. cit.*, p. 29.

¹³ ROCHA, *op. cit.*, p. 74.

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros. 2001. p. 145.

¹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Público e Direito Privado: Panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. **Revista Jurídica Themis** /

professor Romeu Felipe Bacellar Filho, servindo-se das palavras de Guilherme Cintra Guimarães, vai além, ao expor que a adoção do modelo social de Estado levou a um crescimento estatal desenfreado, assim como das áreas de intervenção deste na sociedade. Esse crescimento desenfreado resultou na crise desse modelo de Estado sob forma de uma *crise fiscal* (o aumento das atribuições estatais gerou um enorme endividamento para os cofres públicos) e de uma *hiperjuridicização da vida social* (com a maior intervenção na sociedade, o direito passou a regular os mais diversos campos da realidade social e assim, culminou na perda da coerência e eficácia por parte do ordenamento jurídico).¹⁶

José Afonso da Silva, no mesmo sentido, destaca que a concepção de Estado Social de Direito ainda é insuficiente, mesmo revelando um tipo de Estado que tenha a preocupação de criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana.¹⁷ O autor vai além ao afirmar que é manifesta a sua ambigüidade. Primeiro, porque a palavra *social* sujeita-se a variadas interpretações e até mesmo ideologias, com sua própria visão do *social* e do *Direito*. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista e até mesmo o Brasil, desde a Revolução de 1930, acolheram essa concepção de Estado. Em segundo lugar, continua o autor, o importante não é o *social*, qualificando o Estado, em lugar de qualificar o Direito. Ao se referir à posição do catedrático espanhol Elías Díaz, expõe José Afonso:

O próprio Elías Díaz, que reconhece a importância histórica do Estado Social de Direito, não deixa de lembrar a suspeita quanto a “saber se até que ponto o neocapitalismo do Estado Social de Direito não estaria em realidade encobrindo uma forma muito mais matizada e sutil de ditadura do grande capital, isto é, algo que no fundo poderia denominar-se, e se tem denominado, neofascismo”. Ele não descarta essa possibilidade, admitindo que “o grande capital encontrou fácil entrada nas novas estruturas demoliberais, chegando assim a constituir-se como peça chave e central do *Welfare State*.”¹⁸

Tanto Cármen Lúcia Antunes Rocha, quanto José Afonso da Silva são unânimes em dizer que sob a capa do Estado Social de Direito poderiam e até

Centro Acadêmico Hugo Simas (org.) – Edição Especial Semana Acadêmica do CAHS – Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Contemporânea (2008). – Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2008. p. 189.

¹⁶ BACELLAR FILHO, *Direito Público e Direito Privado...*, op. cit., p. 190.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 26ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 115.

¹⁸ SILVA, op. cit., p. 116.

mesmo surgiu, métodos políticos de caráter ditatorial e totalitário. Então, “daí a necessidade que se foi descortinando, mais e mais, de integrar naquele preceito fundamental de organização do Estado de Direito o elemento democrático a caracterizar tanto esta entidade quanto o Direito a que ele se submete”.¹⁹

Romeu Felipe Bacellar Filho, referindo-se ao estudo de Cristiano Paixão Araújo Pinto, argumenta com propriedade:

A crise do Estado Social possibilita a construção – ainda em andamento – do Estado Democrático de Direito centrado na idéia de cidadania, compreendida numa dimensão procedimental enquanto participação ativa. Este Estado tenderia a destruir paulatinamente um paradigma, comum a dois modelos anteriores – o que fazia diluir o público no estatal – por meio do resgate da esfera privada e das pretensões de autonomia e liberdade. Se no paradigma do Estado Liberal e do Estado Social, as esferas do público e do privado eram tratadas como opostas, no Estado Democrático de Direito passam a ser encaradas como complementares, eqüiprimordiais.²⁰

José Afonso da Silva ao analisar este período, assevera que:

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando.²¹

Para Alexandre de Moraes, também numa visão constitucionalista, o Estado Democrático de Direito significa:

A exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no caput do artigo, adotou, igualmente, no seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.²²

É assim que, ao coroar os conceitos expostos, a jurista Cármen Lúcia Antunes Rocha, define a composição do Estado Democrático de Direito:

¹⁹ ROCHA, *op. cit.*, p. 75.

²⁰ BACELLAR FILHO, *Direito Público e Direito Privado...*, *op. cit.*, p. 190.

²¹ SILVA, *op. cit.*, p. 119.

²² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13ª Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 51.

Dois elementos marcam, essencialmente, a concepção do Estado Democrático de Direito, a saber, o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais do ser humano pelo Direito do Estado e a participação democrática do cidadão na elaboração e aplicação deste Direito. O Estado submete-se ao Direito, o qual tem a sua fonte efetiva no povo livre para elaborá-lo e eficiente para fazê-lo valer. A própria concepção de povo, juridicamente concebida, modifica-se, de um conteúdo ideal para uma concepção pragmática. O povo passa a ter realidade, rosto, voz: não é composto de santos, nem de ingênuos, nem de crédulos, nem de pessoas com criticidade e vocação única para a política e para o bem, mas com todas as falhas que são próprias do ser humano, que são de sua essência e que não devem torná-los, apenas por isso, inacessíveis ao Poder.

A liberdade individual, tanto quanto a igualdade jurídica e participação popular igual e livre no Estado somam-se para estabelecer uma nova realidade estatal, na qual a justiça material e pronta, como justificativa, e a criação e garantia de condições de vida digna para todos os indivíduos, como fim do Estado, não aniquilem as liberdades públicas individuais nem solapem as relações sociais justas.²³

Com esse novo modelo de Estado, explodem grupos (sindicatos, associações de profissionais liberais, associações de empresários etc.) orientados à proteção de setores determinados, que nessa linha passam a fazer pressão sobre o legislativo, visando leis diferenciadas.²⁴

Essa nova forma de Estado busca a complementação entre o espaço público e o espaço privado. O que por muito tempo esteve em lados opostos, hodiernamente, com a constitucionalização do Direito Público e do Direito Privado, espera-se que os indivíduos tenham espaço e participação ativa na construção das leis e nos rumos do país. O império da lei predominante no Estado liberal, que fortalecia e mantinha o poder nas mãos de poucos, cede espaço aos direitos e garantias fundamentais exarados na Constituição. “Lembre-se que à época do Estado Liberal a lei era considerada fruto da vontade de um parlamento habitado apenas por representantes da burguesia, no qual não havia confronto ideológico”.²⁵

A lei não deve valer mais ou menos por ser fruto de um rigoroso procedimento formal, mas por estar embebida dos princípios fundantes do nosso sistema constitucional. O princípio do Estado Democrático de Direito encontra-se posto no artigo primeiro da nossa Carta maior e essa forma de Estado caracteriza-se pela submissão a uma Constituição e não mais ao rigor frio e estático do procedimento formal. Nesse sentido, complementa Luiz Guilherme Marinoni:

²³ ROCHA, *op. cit.*, p. 75.

²⁴ MARINONI, *op. cit.*, p. 41.

²⁵ MARINONI, *op. cit.*, p. 41.

Tal substância e esses princípios tinham que ser colocados em uma posição superior e, assim, foram infiltrados nas Constituições. Essas Constituições, para poderem controlar a lei, deixaram de ter resquícios de *flexibilidade* – tornando-se “*rígidas*”, no sentido de escritas e não passíveis de modificação pela legislação ordinária – e passaram a ser vistas como dotadas de *plena eficácia normativa*. A lei, dessa forma, perde o seu posto de supremacia, e agora se subordina à Constituição.²⁶

Essa evolução pela qual o modelo de Estado passou é importante para situarmos e compreendermos o papel que o princípio da legalidade exerceu e deverá exercer no nosso atual modelo estatal. A esse respeito, as palavras de José Afonso da Silva caem como uma luva:

O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado.²⁷

Na mesma toada, Luiz Guilherme Marinoni assevera:

Mas, se essa nova concepção de direito ainda exige que se fale de princípio da legalidade, restou necessário dar-lhe uma nova configuração, compreendendo-se que, se antes esse princípio era visto em uma dimensão *formal*, agora ele tem conteúdo *substancial*, pois requer a conformação da lei com a Constituição e, especialmente, com os direitos fundamentais.²⁸

Mas, em relação à Administração pública, como se situa o princípio da legalidade? Essa conformação constitucional também alcançaria a Administração? Como é composto o regime jurídico administrativo?

Neste momento, podemos retomar a conceituação que Cármen Lúcia Antunes Rocha empresta ao princípio da legalidade. Como dito no início deste capítulo, a autora chama de *princípio da juridicidade* às diversas transformações que o princípio da legalidade sofreu até chegar nesse momento. Para ela, o princípio da

²⁶ MARINONI, *op. cit.*, p. 44.

²⁷ SILVA, *op. cit.*, p. 121.

²⁸ MARINONI, *op. cit.*, p. 44.

legalidade administrativa absorveu toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico do Estado. O administrador público submete-se não apenas à lei, mas ao Direito.²⁹ Vê-se assim, que a autora adota uma conceituação ampla do princípio da legalidade, incorporando outros elementos ao princípio em si mesmo.

No mesmo sentido, Eduardo García de Enterría também adota uma concepção ampla do sentido da legalidade. O autor, ao se referir ao princípio da legalidade, amplia o conceito de legalidade, a saber:

Falaremos de princípio da legalidade da Administração fazendo geral o conceito de legalidade, não referido a um tipo de norma específica, mas ao ordenamento inteiro, ao que Hariou chamava de “o bloco da legalidade” (leis, regulamentos, princípios gerais, costumes). (Merkl chamou esta perspectiva de “princípio de juridicidade” da Administração, para reservar o nome de “princípio de legalidade” ao jogo procedente com a única lei formal; mas parece uma complicação terminológica desnecessária, uma vez aclaradas as coisas).³⁰

Adotando sentido diverso, Romeu Felipe Bacellar Filho expõe que o princípio da legalidade não esgota a regulação jurídica da Administração. A vinculação constitucional da atividade administrativa, trazida pela Carta de 1988, não se resume apenas a esse princípio. Ao seu lado, nosso texto constitucional coloca o princípio da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência. Vê-se que a nossa Constituição adotou o sentido restrito do princípio da legalidade.³¹ Satisfazendo ao restante das nossas indagações, o autor arremata:

Assim, em uma primeira aproximação, pode-se afirmar que o regime jurídico administrativo é o conjunto dos princípios, de matriz constitucional, que determinam e orientam a compreensão de todo o direito administrativo. Ao regime jurídico é conferido, assim, o tratamento de sistema, referindo-se que por meio de tal idéia alcança-se a unidade e a coerência desse ramo do direito, estabelecendo-se a sua racionalidade interna. O regime jurídico teria por escopo acomodar as normas jurídicas e institutos atinentes ao direito todo, ou a uma parcela específica em exame, tornando-o coerente e harmônico.

²⁹ ROCHA, *op. cit.*, p. 79.

³⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de. **Curso de Direito Administrativo** / Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández; tradução Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marin López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 370-371.

³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 160.

Identifica-se, desta forma, o regime jurídico administrativo como um sistema de princípios que permite a tipificação de normas cujas peculiaridades conferem *autonomia científica* ao direito administrativo.³²

Demarcadas essas bases, podemos afirmar, sem medo de errar, que o administrador público submete-se não apenas à lei, mas ao Direito em toda a sua inteireza. Por isso a afirmativa de que o nosso regime jurídico administrativo possui matriz constitucional e está aberto às normas jurídicas e institutos atinentes ao direito como um todo.

Dizer que o administrador público submete-se ao Direito como um todo não quer dizer que se está adotando a concepção ampla do princípio da legalidade. Não podemos confundir legalidade com a constitucionalização do Direito Administrativo. Como perfeitamente abordou o professor Romeu Felipe Bacellar Filho, nossa Constituição adotou a concepção restrita do princípio da legalidade ao elencar outros princípios ao lado deste. A Administração Pública está vinculada à Constituição como também ao princípio da legalidade. Não podemos incorporar a primeira ao segundo. Tentar aumentar o conteúdo do princípio da legalidade faz com que não tenhamos um perfeito entendimento deste princípio.

Eisenmann também adota uma visão restritiva desse princípio. Para ele, as concepções ampliativas da legalidade representam alterações profundas da concepção originária do princípio da legalidade. A concepção originária é a dos juristas ou dos publicistas liberais do século XIX, que na Europa Ocidental, França e países germânicos, lutaram pelo princípio da legalidade e pelo Estado de Direito. Quando estes homens reclamavam a consagração pelo direito positivo do princípio da legalidade também na Administração, quando exigiam que fosse garantido o respeito da lei e do direito pela Administração, entendiam a lei no sentido que a palavra tem no direito constitucional dos Estados liberais, e no qual, não é sinônimo de regra de direito, nem com de normas jurídicas. Designa uma espécie peculiar, bem determinada, de normas segundo o processo legislativo e consignadas nos atos intitulados “leis”. Neste âmbito de luta do liberalismo buscou-se o respeito desta lei, desta legalidade, apenas isto.³³

O autor continua sua argumentação explicando que a noção ampliativa do princípio da legalidade contém uma imprecisão terminológica. Ele cita como exemplo

³² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 38.

³³ EISENMANN, *op. cit.*, p. 50.

a infelicidade de se qualificar o direito jurisprudencial e o direito costumeiro por elementos da legalidade, enquanto que na teoria das fontes do direito, todos concordam em colocá-los em oposição à lei, ao direito legislativo. Quando isto acontece, corrompe-se a hierarquia das fontes do direito, colocando no mesmo plano todas as espécies de normas de direito.³⁴

O que caracteriza a força das leis para a Administração, é que as leis são intangíveis pela Administração, que delas não pode dispor, não tendo o poder de abrogá-las, modificá-las ou derogá-las; isto constitui a superioridade da lei em face da Administração. Assim, deve-se rejeitar que o princípio da legalidade visa a relação entre todo o conjunto dos atos administrativos e a totalidade das espécies de normas de direito que os podem reger. O princípio da legalidade tem por objeto exclusivamente as relações entre todos os atos administrativos e as leis (Parlamento-legislador).³⁵

O autor, porém, pede um cuidado de extrema precaução. Segundo ele, adotar essa posição (concepção restrita) não implica em negar a existência de outras espécies de normas, além das legislativas, válidas, para toda a Administração ou para alguns órgãos administrativos. É bem certo que o princípio da legalidade implica na obrigação de se respeitar todas as normas de direito e mesmo as normas publicadas pelas autoridades às quais a própria lei dá poder para tanto. A legalidade-objeto e a legalidade-relação não esgotam o processo de regularidade de atuação da administração pública.³⁶

Adotando também uma visão restrita, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que “a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei”.³⁷

Para coroar o entendimento da relação do princípio da legalidade com a Administração Pública, nos servimos dos ensinamentos de Hely Lopes Meireles. O autor ensina que a legalidade está em toda a atividade funcional do administrador público e dela não há como se afastar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia da atividade

³⁴ EISENMANN, *op. cit.*, p. 51-52.

³⁵ EISENMANN, *op. cit.*, p. 52-53.

³⁶ EISENMANN, *op. cit.*, p. 53-54.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. – São Paulo. Editora Atlas, 2003. p. 30.

administrativa está subordinada ao atendimento legal e na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Se para os particulares é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.³⁸

2 Entendendo o ato administrativo

Para o estudo de qualquer ciência ou fenômeno se faz necessário que lancemos o olhar primeiramente nas suas causas para que depois, observemos os seus efeitos. Por exemplo, qualquer pessoa que se aventure a estudar o fenômeno das chuvas, necessariamente terá que entender o mecanismo de evaporação das águas. Assim acontecerá com o nosso estudo do controle da discricionariedade administrativa. Antes de adentrarmos ao tema, já vimos como o princípio da legalidade sofreu diversas transformações junto com a própria evolução do conceito de Estado. E agora, será necessário entender como se desenvolve a dinâmica do ato administrativo.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a expressão *ato administrativo* nem sempre foi usada, “pois se falava mais comumente em atos do Rei, atos do Fisco, atos da Coroa.”³⁹ A autora diz que embora não se saiba exatamente em qual momento a expressão foi utilizada pela primeira vez, o certo é que o primeiro texto legal no qual fala em atos da Administração Pública em geral foi a Lei de 16/24-8-1790, que vedava aos Tribunais conhecerem de “operações dos corpos administrativos”. Logo após, a mesma proibição constou da Lei de 3-9-1795, no qual se proibiu “aos tribunais conhecer dos atos da administração, qualquer que seja a sua espécie”.⁴⁰

O certo é que, independente de quando a expressão foi usada pela primeira vez, o ato administrativo “é um ato jurídico, espécie da categoria do direito denominada fato jurídico. Fatos jurídicos são acontecimentos naturais ou

³⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1989. p. 79.

³⁹ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 84.

⁴⁰ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 84.

decorrentes da conduta humana voluntária ou involuntária aos quais o direito imputa efeitos jurídicos.”⁴¹

O professor Romeu Felipe Bacellar Filho subdivide os fatos jurídicos em atos jurídicos e fatos jurídicos em sentido estrito.⁴² “Os atos são imputáveis ao homem e os fatos decorrem de acontecimentos naturais, que podem depender indiretamente do homem.”⁴³ Ao usar das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, Romeu Felipe Bacellar Filho esclarece:

Como bem acentua Celso Antônio, “os atos jurídicos são *declarações*, vale dizer, são enunciados; são ‘falas’ prescritivas. O ato jurídico é uma *pronúncia* sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela *deverá ser*. Fatos jurídicos não são declarações; portanto, não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele”.

Com os conceitos de atos jurídicos e fatos jurídicos bem delimitados, podemos partir para a definição do fato administrativo. Ao delimitar o conceito de fato administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe: “Quando o fato descrito na norma legal (fato jurídico) produz efeitos no campo do direito administrativo, ele é um fato administrativo, como ocorre com a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo (...)”.⁴⁴ “O fato administrativo é a concretização material da vontade do administrador público.”⁴⁵ Este fato “é toda realização material da Administração, em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte, a instalação de um serviço público, etc”.⁴⁶ Hely Lopes Meireles vai além, ao ensinar que “o ato administrativo não se confunde com o fato administrativo, se bem que estejam intimamente relacionados, por ser este consequência daquele. O fato administrativo resulta sempre do ato administrativo que o determina”.⁴⁷

Se o fato administrativo resulta sempre do ato administrativo, perguntamos: Quando surge o ato administrativo? A esse respeito, Romeu Felipe Bacellar Filho é claro:

⁴¹ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 64.

⁴² BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 64.

⁴³ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 64.

⁴⁴ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 83.

⁴⁵ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 64.

⁴⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 127.

⁴⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 127.

O ato administrativo é gerado quando o administrador público, agindo nesta qualidade, sob um regime jurídico público, manifesta uma declaração de vontade em nome da Administração. Quando pratica atos não regulados pelo regime jurídico público, mas do interesse da Administração Pública, está a exercitar atos jurídicos, que podem ser denominados “atos da administração”. O que distingue o ato administrativo dos demais atos jurídicos é exatamente a presença do administrador público utilizando-se das prerrogativas que a qualidade de Administrador Público lhe confere.⁴⁸

Para trazer o conceito para o plano concreto, o autor supracitado exemplifica como atos da Administração, “os atos regidos pelo direito privado, atos de conhecimento, juízo ou valor, como as certidões, e atos puramente materiais da Administração que envolve apenas execução e se constituem em fatos administrativos”.⁴⁹ Vale lembrar, todos os atos mencionados são praticados pela Administração desprovidos das prerrogativas do Poder Público.

Quanto à sua conceituação, o ato administrativo não possui uma definição legal. É o que afirma Romeu Felipe Bacellar Filho⁵⁰ e Celso Antônio Bandeira de Mello.⁵¹ Por esta razão, muitos autores se aventuraram a construir um conceito para o referido ato a partir do conceito de ato jurídico do antigo Código Civil de 1916.⁵² O art. 81 do referido Código tinha a seguinte conceituação de ato jurídico: “todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos”.

Independentemente do conceito ao qual se queira atribuir ao ato administrativo, o professor Celso Antônio afirma que a noção de ato administrativo não deve depender da noção de Administração Pública (conjunto de órgãos do Poder Executivo, autarquias e demais sujeitos da Administração indireta), porque, de um lado, nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública.⁵³

Juarez Freitas assim conceitua o ato administrativo:

Denominam-se atos administrativos aqueles atos jurídicos expedidos por agentes públicos no exercício das atividades da administração, cuja regência, até mesmo quando envolvem, de maneira reflexa, atividades de exploração econômica, desvela-se sempre orientada por normas, princípios

⁴⁸ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 65.

⁴⁹ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 65.

⁵⁰ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 65.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2003. p. 343.

⁵² BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 65.

⁵³ MELLO, *Curso de Direito...*, op. cit., p. 352.

e valores de ordem pública, pois qualquer atuação estatal somente se legitima em face da subordinação aos relevantes fins concorrentes para o interesse público, à mercê dos quais se estrutura toda a rede dos conceitos administrativos, primordialmente o de relação jurídico-administrativa.⁵⁴

Como se vê, Juarez Freitas vincula o ato administrativo a um fim público, sendo atividade inerente aos agentes públicos no exercício das atividades da Administração. No mesmo sentido e com base no art. 81 do Código Civil de 1916, Romeu Felipe Bacellar Filho propõe um conceito para ato administrativo com as mesmas características apresentadas por Juarez Freitas. A saber:

A Administração Pública, admitida a possibilidade de expressar vontade por intermédio de seus agentes, manifestaria ato administrativo sempre que, atuando nesta qualidade, declare, com um fim imediato, a intenção de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir atos e obrigações, *com um fim público*.⁵⁵

Acertadas as fronteiras do ato administrativo⁵⁶, resta-nos saber acerca dos seus elementos ou requisitos.⁵⁷

3 Elementos ou requisitos do ato administrativo

Há autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que usam como elementos o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade.⁵⁸ Miguel Seabra Fagundes prefere utilizar dos elementos: a manifestação da vontade, o motivo, o objeto, a finalidade e a forma.⁵⁹ Já Hely Lopes Meireles⁶⁰ e Romeu Felipe Bacellar Filho⁶¹, utilizam-se dos elementos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. A indicação desses elementos já revela as peculiaridades do direito administrativo, quando comparado

⁵⁴ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 24.

⁵⁵ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 66.

⁵⁶ Por não ser objeto desta monografia a polêmica acerca do conceito de ato administrativo, sua abordagem restringe-se a um conhecimento prévio para o posterior entendimento da discricionariedade administrativa, ficaremos apenas com os conceitos expostos de Juarez Freitas e Romeu Felipe Bacellar Filho, pois julgamos serem os mais acertados quanto à linha de raciocínio seguida neste estudo.

⁵⁷ “Nessa matéria, o que se observa é a divergência doutrinária quanto à indicação dos elementos do ato administrativo, a começar pelo próprio vocábulo elementos, que alguns preferem substituir por requisitos”. DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 89.

⁵⁸ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 89.

⁵⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 21.

⁶⁰ MEIRELLES, op. cit., p. 128.

⁶¹ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 66.

com o direito privado; neste, consideram-se elementos do ato jurídico (ou negócio jurídico, na terminologia do novo Código Civil) apenas o sujeito, o objeto e a forma.⁶²

Para a análise dos elementos ou requisitos do ato administrativo, optaremos por seguir a classificação desses elementos adotada pelos juristas Hely Lopes Meireles e Romeu Felipe Bacellar Filho. Adiante.

Por *competência*, temos que “para a prática do ato administrativo a competência é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato - discricionário ou vinculado - pode ser realizado, validamente, sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo”.⁶³

“O agente capaz do direito civil passa a ser o ‘*agente competente*’ do direito administrativo. *Competência* deve ser entendida como parcela de atribuições conferida pela lei ao agente público para a prática do ato”.⁶⁴ As pessoas políticas públicas que têm competência para a prática de atos são a União, Estados, Municípios e Distrito Federal, que a distribuem entre seus órgãos administrativos e por consequência, aos seus agentes.⁶⁵

A competência é atribuída pela lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática é inválido (...).⁶⁶ Acontece que, não existindo impedimento legal e a competência não sendo exclusiva, o agente pode transferir atribuições a subordinado hierárquico, gerando uma *delegação de competência*. Há também a possibilidade de um agente hierarquicamente superior chame a si atribuições de subordinados, surgindo assim a *avocação*, conforme autorização, por exemplo, dos arts. 11 e 12 da Lei 9.784, de 29 de Janeiro de 1999.⁶⁷

A *finalidade* é “o objetivo de interesse público a atingir. Não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo

⁶² DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 89.

⁶³ MEIRELLES, op. cit., p. 128.

⁶⁴ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 66.

⁶⁵ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 67.

⁶⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 128.

⁶⁷ “Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.” e “Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial”, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>. Acesso em 13/08/09. BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 67.

ato administrativo”.⁶⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro concebe a finalidade em dois sentidos diferentes:

1. Em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter sempre finalidade pública;
2. Em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei.⁶⁹

Cada ato administrativo foi concebido para alcançar finalidade específica, portanto, um ato não pode ser utilizado para atingir finalidade diversa daquela que lhe é característica (...).⁷⁰ Se a lei estipula a demissão entre os atos punitivos, não pode ela ser utilizada com outra finalidade que não a de punição; se a lei permite a remoção *ex officio* do funcionário para atender a necessidade do serviço público, não pode ser empregada para finalidade diversa, como a de punição.⁷¹

A alteração da finalidade expressa na norma legal (sentido estrito), ou implícita no ordenamento da Administração (sentido amplo), dá surgimento ao desvio de poder, que rende ensejo à invalidação do ato, por lhe faltar um elemento primacial em sua formação: o fim público desejado pelo legislador.⁷²

A *forma* é o revestimento exterior do ato administrativo que constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição. Ao passo que a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente.⁷³ Assim como no elemento *finalidade*, a jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta-nos duas concepções da *forma* como elemento do ato administrativo:

1. Uma concepção restrita, que considera forma como a exteriorização do ato, ou seja, o modo pelo qual a declaração se exterioriza; nesse sentido, fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução etc.;
2. Uma concepção ampla, que inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser

⁶⁸ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 129.

⁶⁹ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, p. 92.

⁷⁰ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, p. 67.

⁷¹ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, p. 92.

⁷² MEIRELLES, *op. cit.*, p. 129.

⁷³ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 129.

observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato.⁷⁴

Ora, “como a forma é o meio de exteriorização do ato, sem forma não pode haver ato”.⁷⁵ E “compreende-se essa exigência, pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e aferido, freqüentemente, pela própria Administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade”.⁷⁶

Alguns defeitos da forma são passíveis de convalidação⁷⁷, assim, Romeu Felipe Bacellar Filho estabelece:

A desobediência à forma, como, por exemplo, decreto para instaurar licitação e edital para veicular a declaração de utilidade pública de determinado bem, invalida o ato administrativo, sem possibilidade de convalidá-lo. No entanto, o descumprimento de formalidade de padronização, considerado defeito material de forma, que não afete a esfera de direitos e garantias individuais e que não influencie a certeza e a segurança de seu conteúdo, pode ser irrelevante à validade do ato.⁷⁸

Neste sentido, “a revogação ou modificação do ato administrativo deve obedecer à forma prevista para o ato originário. O elemento forma vincula a produção, a alteração e o desfazimento do ato”.⁷⁹

O *motivo* “assemelha-se ao *tipo* do direito penal ou à *hipótese de incidência* do direito tributário. Consiste na compatibilização do fato com o direito. O motivo se traduz nas circunstâncias de fato e nos elementos de direito que provocaram a produção do ato”.⁸⁰

O motivo não se confunde com a motivação do ato. Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. A Administração para punir, deve demonstrar a prática da infração. A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato. Está contida, por exemplo, em parecer, laudo, relatório, emitido pelo próprio órgão expedidor do ato ou por outro órgão, técnico ou jurídico, hipótese em que o

⁷⁴ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, p. 91.

⁷⁵ MELLO, *Curso de Direito...*, *op. cit.*, p. 361.

⁷⁶ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 129.

⁷⁷ De uma forma concisa, “convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado”. DI PIETRO, *op. cit.*, p. 108.

⁷⁸ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, p. 68.

⁷⁹ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, p. 68.

⁸⁰ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, p. 68-69.

ato faz remissão a esses atos precedentes. É importante que o ato tenha a sua legalidade comprovada.⁸¹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que muito se discute se a motivação é ou não obrigatória. Para alguns autores, ela seria obrigatória quando se tratasse de ato vinculado, pois, nesse caso, a Administração deveria demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos indicados na lei; para outros, ela somente seria obrigatória no caso dos atos discricionários, porque nestes é que se faria mais necessária a motivação, pois, sem ela, não se teria meios de conhecer e controlar a legitimidade dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato.⁸²

O professor Romeu Felipe Bacellar filho atesta que em regra, todos os atos administrativos devem ostentar um motivo, sejam eles vinculados ou discricionários. A presença do motivo traz a garantia de legalidade, permitindo e facilitando o controle do ato. Caso o motivo não esteja presente, o ato pode ser considerado inválido, salvo se a lei o dispensar ou se for incompatível com a sua natureza. Bacellar, contudo, pondera ao dizer que “excepcionalmente, se o ato não motivado for vinculado e sendo possível demonstrar, de forma objetiva, que o motivo do ato preexistia, o vício pode ser sanado”.⁸³

A propósito dos motivos e da motivação, é conveniente, ainda, lembrar a “Teoria dos motivos determinantes”. De acordo com essa teoria, “a validade do ato e o agente emissor vinculam-se à motivação expendida”.⁸⁴ Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato.⁸⁵ Então, se a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. No mesmo sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho cita o exemplo da exoneração *ad nutum* (é o exemplo dos cargos de provimento em comissão), que, embora a lei não determine a sua motivação, faz constar considerações desabonadoras ao servidor exonerado sem prévio processamento administrativo, com asseguramento das

⁸¹ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 93.

⁸² DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 93.

⁸³ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 69.

⁸⁴ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 69.

⁸⁵ MELLO *Curso de Direito...*, op. cit., p. 369.

garantias constitucionais. Desta forma, o ato de exoneração será nulo por ausência de comprovação de motivação.⁸⁶

Objeto do ato administrativo “é aquilo sobre que o ato dispõe. Não pode haver ato sem que exista algo a que ele esteja reportado”.⁸⁷ O ato administrativo, espécie do gênero ato jurídico, só existe quando produz efeito jurídico, ou seja, quando, em decorrência dele, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito. Esse efeito jurídico é o objeto ou conteúdo do ato. “Para identificar-se esse elemento, basta verificar o que o ato enuncia, prescreve, dispõe”.⁸⁸

Assim, um ato administrativo que abona as faltas dos servidores verificadas em razão da greve nos serviços metroviários, por exemplo, tem por objeto as faltas ocorridas. Num ato administrativo de permissão de uso de bem público imóvel o objeto é o bem.⁸⁹

Da mesma forma como acontece no direito privado, o objeto do ato dever ser *lícito*, visto que o princípio da legalidade vincula a Administração Pública em qualquer circunstância; deve ser *possível*, ou seja, realizável fático e juridicamente; *certo*, definido quanto aos destinatários, efeitos, tempo e lugar; finalmente, deve ser *moral e dirigido a um fim público*, característica esta que o distingue do direito privado.⁹⁰

Deste modo, visto e analisados os elementos ou requisitos do ato administrativo, veremos algumas das classificações, que convém observar para efeito deste estudo, para que, enfim, adentremos no estudo da discricionariedade administrativa.

4 Classificação dos atos administrativos⁹¹

Em relação à formação do ato administrativo, ele pode ser *simples*, *complexo* ou *composto*.⁹² Os atos *simples* “são produzidos pela declaração jurídica de um único órgão. Exemplo: uma licença de habilitação para dirigir automóvel”.⁹³

⁸⁶ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 69.

⁸⁷ MELLO, *Curso de Direito...*, op. cit., p. 361.

⁸⁸ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 91.

⁸⁹ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 64.

⁹⁰ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 70.

⁹¹ As classificações às quais abordaremos são aquelas que julgamos necessárias para a compreensão do tema do presente estudo. Há outras classificações, também importantes, que preferimos não abordar, pois entendemos que a sua ausência não trará prejuízos para a compreensão do tema atual.

Hely Lopes Meireles sustenta: “Não importa o número de pessoas que participam da formação do ato; o que importa é a vontade unitária que expressam para dar origem, a final, ao ato colimado pela Administração”.⁹⁴ Então, tanto é ato administrativo simples o despacho de um chefe de seção, como a decisão de um conselho de contribuintes.

Os atos *complexos* “são os que resultam da manifestação de dois ou mais órgãos, sejam eles singulares ou colegiados, cuja vontade se funde para formar um ato único”.⁹⁵

Romeu Felipe Bacellar Filho ensina que nestes atos “somam-se as vontades, que são homogêneas, idênticas em conteúdo e fins, para a emissão de um único ato”.⁹⁶ O professor cita como exemplo a nomeação de ministro para o Supremo Tribunal Federal, que se dá mediante a aprovação do Senado e a nomeação do Presidente da República (duas vontades que somadas resultam em *um único ato*: a nomeação do ministro).⁹⁷

Já o ato *composto* é aquele que resulta da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal. Ao passo que no ato complexo fundem-se vontades para praticar um ato só, no ato composto, praticam-se dois atos, um principal e outro acessório; este último pode ser pressuposto ou complementar daquele.⁹⁸ O professor Romeu Bacellar cita como exemplo a nomeação do presidente da FUNAI (Fundação Nacional do Índio), que é nomeado pelo Presidente da República, mas o ato depende da assinatura conjunta do Ministro da Justiça. Nesse caso, não se trata de referendo, pois este só ocorre da autoridade superior para a inferior.⁹⁹ “Os atos em geral, que dependem de autorização, aprovação, proposta, parecer, laudo técnico, homologação, visto etc., são atos compostos”.¹⁰⁰

A classificação que se torna essencial para esse estudo é aquela que classifica os atos administrativos em *vinculados* e *discricionários*. Isto porque a

⁹² BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 70.

⁹³ MELLO, *Curso de Direito...*, op. cit., p. 390.

⁹⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 147.

⁹⁵ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 99.

⁹⁶ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 70.

⁹⁷ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 70.

⁹⁸ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 99.

⁹⁹ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 70.

¹⁰⁰ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 99.

distinção entre atos discricionários e atos vinculados tem importância fundamental no que diz respeito ao controle que o Poder Judiciário sobre eles exerce.

Neste momento nos ateremos apenas às suas distinções deixando para um momento posterior a análise dos limites da discricionariedade e o seu controle pelo Poder Judiciário.

Por ser um tema por demais sensível ao nosso estudo e que necessita de todo o nosso critério e atenção, transcreveremos na íntegra os sábios ensinamentos quanto à conceituação desses dois atos pelo professor e Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho sob o risco de não incorrerem em alguma contradição ou supressão de pontos importantes:

Atos vinculados são aqueles praticados sem margem de atuação do agente público, pois a lei tipificou o único comportamento diante de uma hipótese concreta, assim como todos os requisitos e procedimentos para a edição do ato. A ação do agente fica adstrita à lei, que é requisito indispensável para a validade do ato. Se descumprido qualquer requisito legal, o ato é passível de anulação pela Administração (a requerimento de parte interessada ou *ex officio*) ou pelo Judiciário, quando provocado. Exemplos de atos vinculados: licença para edificar; aposentadoria a pedido por tempo de contribuição.

Atos discricionários são aqueles praticados no exercício da competência discricionária, ou seja, a lei regula a matéria, apresenta algumas condições e possibilidades, mas confere uma margem de atuação ao agente público, que atua segundo critérios de oportunidade e conveniência. Não há liberdade de atuação, muito menos arbítrio, pois é o próprio ordenamento que confere este espaço, a ser exercido nos limites legais, além de que há vinculação à competência do agente, à forma prescrita em lei e à finalidade pública do ato. “A discricionariedade existe, por definição, *única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência* ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicada” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 389). Exemplo: nomeação pelo Presidente da República de Ministro de Estado – a lei faculta ao Presidente a escolha, dentre pessoas que reúnam requisitos para a investidura.¹⁰¹

Diante das definições apresentadas podemos observar que a diferença entre o ato vinculado e o ato discricionário reside na maior ou menor margem de atuação do agente público diante do comando legal. Assim, deixaremos para um momento posterior a análise desses atos em consequência do possível controle que o Poder Judiciário sobre eles poderá exercer.

5 Mérito do ato administrativo

¹⁰¹ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 71. (grifos originais)

A lei estabelece todos os caminhos pelos quais o ato administrativo deve percorrer em concordância com o princípio da legalidade. Destarte, como acabamos de verificar, existem os atos discricionários, aos quais, para a sua produção a lei concedeu uma margem de atuação e a possibilidade do administrador examinar qual o melhor caminho legal a seguir. Nesse momento, quando há a escolha desse caminho legal, o administrador aborda o *mérito* do ato administrativo.¹⁰²

O que de importante podemos observar é que o mérito “tem sentido próprio e diverso do mérito processual, e só abrange os elementos não vinculados do ato da Administração, ou seja, aqueles que admitem uma valoração de eficiência, oportunidade, conveniência e justiça”.¹⁰³

A lei não deixa margem de atuação para a competência, a finalidade e a forma. Esses elementos são vinculados. Mas, o mérito administrativo, que pressupõe o exercício da discricionariedade, recai sobre o objeto e o motivo.¹⁰⁴ É nesse momento que observamos a importância do estudo dos elementos ou requisitos do ato administrativo. Sem esses conceitos não seria possível a compreensão global de toda a dinâmica do ato administrativo. Desta forma, quando no decorrer deste estudo, nos depararmos com a palavra mérito, saberemos que ela se refere aos atos discricionários e que recai sobre os elementos objeto e motivo do ato administrativo.

O mérito administrativo se identifica, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.¹⁰⁵

6 Atributos do ato administrativo

Em última análise e a fim de consolidarmos o conhecimento necessário para o estudo do controle judicial da discricionariedade, necessário se faz o conhecimento dos atributos do ato administrativo.

¹⁰² BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 72.

¹⁰³ MEIRELLES, op. cit., p. 131.

¹⁰⁴ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 73.

¹⁰⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 131.

De acordo com a doutrina dominante, os atributos do ato administrativo são três: *imperatividade*, *presunção de legitimidade* e *auto-executoriedade*. Esses atributos referem-se às qualidades que são próprias de todos (ou de alguns) atos administrativos que os torna distintos dos atos jurídicos em geral.¹⁰⁶

A *imperatividade* “é a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância”.¹⁰⁷ Como é intuitivo, esse atributo não existe em todos os atos administrativos, mas apenas naqueles que impõem obrigações; quando se trata de ato que confere direitos solicitados pelo administrado (como na licença, autorização, permissão, admissão) ou de ato apenas enunciativo (certidão, atestado, parecer), esse atributo inexistente.¹⁰⁸

Todos os atos administrativos possuem *presunção de legitimidade*. Retrata a presunção de que o ato está conforme o direito até que se prove o contrário. Este atributo decorre do princípio da legalidade e da necessidade de impor celeridade e segurança jurídica na atuação da Administração Pública.¹⁰⁹

A *auto-executoriedade* “consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial”.¹¹⁰ A esse respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro discorre a sua didática:

No direito privado, são muito raras as hipóteses de execução sem título; a regra é a da *nulla executio sine titulo*. São exemplos de execução direta a legítima defesa, a retenção da bagagem do hóspede que não pague as despesas de hospedagem, a defesa da posse em caso de esbulho, o corte de ramos da árvore do vizinho que invadem a propriedade alheia.¹¹¹

A autora corrobora:

No Direito Administrativo, a auto-executoriedade não existe, também, em todos os atos administrativos; ela só é possível:

1. Quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas auto-executórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas auto-executórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir;

¹⁰⁶ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 73.

¹⁰⁷ MELLO, *Curso de Direito...*, op. cit., p. 383.

¹⁰⁸ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 88.

¹⁰⁹ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 74.

¹¹⁰ MEIRELLES, op. cit., p. 137.

¹¹¹ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 88.

2. Quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece no âmbito também da polícia administrativa, podendo-se citar como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas.¹¹²

Não é demais destacar que a auto-executoriedade dos atos administrativos “não afasta o acesso ao Judiciário por aquele que se sentir lesado ou ameaçado de lesão, para a suspensão do ato, mesmo preventivamente, ou para pleitear responsabilização objetiva do Estado”.¹¹³

Os conceitos que julgamos necessários para o entendimento do ato administrativo vão até aqui. Há outras abordagens sobre o ato administrativo que preferimos não adentrar sob pena de fugirmos do objetivo principal deste estudo. Outros temas que incorporam a estrutura do ato administrativo terão o enfoque necessário à medida que analisarmos o tema da discricionariedade administrativa e estarão sob a forma de explicações intercaladas no corpo do texto e anotações de rodapé.

7 Conceito e justificação da discricionariedade administrativa

Mas, se por vezes, como já vimos anteriormente, a atividade administrativa está sempre condicionada a estreitos limites preestabelecidos na lei, há casos em que tais limites perdem parcialmente a rigidez para se conceder ao Poder Executivo certa liberdade de movimentos. A variedade e multiplicidade das situações excluem em muitos casos uma disciplinação uniforme e precisa. Como não é possível tudo prever diante de uma série de circunstâncias ocasionais, permite-se em muitos ao Poder Executivo que seja discricionário em relação à conveniência, oportunidade e modo de agir. Assim é que, já em 1941¹¹⁴, no seu monumental livro *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Miguel Seabra Fagundes tratava do tema da discricionariedade administrativa. Como visto, Seabra Fagundes trata da discricionariedade como uma certa liberdade de movimentos que a lei outorga ao Poder Executivo. Como exemplo, ele expõe que “quando não exista uma

¹¹² DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 88.

¹¹³ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 74.

¹¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 34.

peremptória fixação de prazo para a aplicação da regra, fica-lhe a faculdade de conciliar a execução com as conveniências de tempo e utilidade indicadas por circunstâncias que só ela pode aferir”.¹¹⁵ O autor arremata, dizendo que “não há, porém, nessas diversas hipóteses, uma quebra de submissão à ordem jurídica. Trata-se apenas de uma submissão adstrita a limites diversos dos comuns, mas regulada e admitida pelo próprio direito escrito”.¹¹⁶ O autor com isso, explana claramente sua posição. A discricionariedade para ele significa sim certa liberdade de movimentos que a lei outorga ao Poder Executivo, mas sempre regulada e admitida pelo “próprio direito escrito”. Ou seja, mesmo admitida certa liberdade, ainda assim, ela está dentro de balizas legislativas.

Jean Rivero, assim como Miguel Seabra Fagundes, entende o poder discricionário como uma zona de liberdade conferida ao administrador.¹¹⁷ Existe a competência vinculada quando a lei impõe ao agente público a obrigação de decidir num certo sentido, quando estejam preenchidas as condições que enumera. O agente ao verificar que estas condições encontram-se reunidas, resta somente seguir seu comportamento por estas balizas.¹¹⁸

Mas, há casos em que a lei, ao criar uma competência, deixa ao agente a quem confia a liberdade de apreciar em face das circunstâncias, se e como deve utilizá-la. A norma jurídica deixa ao agente público certa liberdade de apreciação no exercício da sua competência. Essa liberdade de apreciação chama-se *poder discricionário* da administração. Para este autor, deverá existir um equilíbrio entre a competência vinculada e o poder discricionário, pois no mesmo sentido que é indispensável à atividade administrativa adaptar-se constantemente às circunstâncias particulares e mutáveis que a norma não pode prever, uma administração altamente discricionária não ofereceria qualquer segurança aos administrados.¹¹⁹

Themístocles Brandão Cavalcanti vê no poder discricionário uma margem de escolha concedida ao administrador público. É assim a sua conceituação de poder discricionário: “Se, em princípio, todo ato é comandado pela lei, existe com frequência certa margem nessa vinculação, dentro da qual a autoridade

¹¹⁵ FAGUNDES, *op. cit.*, p. 83.

¹¹⁶ FAGUNDES, *op. cit.*, p. 84.

¹¹⁷ RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina. 1981. p. 93.

¹¹⁸ RIVERO, *op. cit.*, p. 93.

¹¹⁹ RIVERO, *op. cit.*, p. 94.

administrativa tem a possibilidade de escolher e de fixar a medida da sua ação administrativa”.¹²⁰ O autor expõe que o conteúdo do poder discricionário refere-se mais com o comportamento em face de uma situação de fato, devendo a medida tomada no exercício dessa discricionariedade condicionar-se à condição de fato que melhor será apreciada pela autoridade que exerce esse ato. A qualificação de certos pressupostos enquadrados na definição legal não se esgota na literalidade legal, depende da interpretação do seu aplicador, em função das condições de fatos variáveis em cada caso.¹²¹

Afonso Rodrigues Queiró concebe o poder discricionário “como uma certa margem de liberdade, concedida deliberadamente pelo legislador à Administração, a fim de que esta escolha o comportamento mais adequado para a realização de um determinado fim público”.¹²² Como visto, para o autor o poder discricionário não é apenas uma margem de liberdade que o legislador concede à Administração, ele está condicionado com a escolha que realize uma finalidade pública.

Queiró reafirma o seu raciocínio ao expor que o poder discricionário não se confunde com toda e qualquer margem de imprecisão, não se confunde com os chamados *conceitos vagos* ou *conceitos indeterminados* que são o produto da impossibilidade prática ou técnica em que o legislador se encontra de enunciar com toda nitidez as circunstâncias ou pressupostos de fato em que a Administração há de exercer a sua competência. Não se trata de uma deficiência de formulação da linguagem legislativa corrigível ao fim do trabalho interpretativo. Trata-se, de permitir à Administração o encargo de eleger a medida ou o procedimento mais idôneo à consecução de uma finalidade pública que é exigida pela lei.¹²³

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o seu conceito de discricionariedade não é tão simples como a maioria da doutrina tende a apresentar.

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões

¹²⁰CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do Poder Discricionário. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, seleção histórica, 1991. p. 431.

¹²¹CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 440.

¹²²QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, nº 97, julho-setembro de 1969. p. 2.

¹²³QUEIRÓ, *op. cit.*, p. 2.

da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.¹²⁴

A posição do professor Celso Antônio, bastante conhecida pela doutrina, refere-se ao momento em que a norma jurídica estabelece mais de um comportamento perante situação definida em termos objetivos. Para ele, quando a norma estabelece um único comportamento no caso concreto, ninguém duvida que ela queira um comportamento ótimo e que foi considerado possível pré-definir a conduta qualificada como ideal para atender ao interesse que se propôs tutelar. Se quando a norma estabelece um único comportamento é assim, quando ela estabelece mais de um é mais ainda. A discricção é a mais completa prova de que a lei sempre impõe um comportamento ótimo. Argumenta o professor da lógica deste argumento, pois não teria sentido a lei, podendo fixar uma solução ótima para atender o interesse público, e uma solução sofrível ou relativamente ruim, fosse indiferente perante estas alternativas. A lei, não sendo um ato meramente aleatório, só pode pretender que a conduta do administrador atenda excelentemente à perfeição, a finalidade que a animou. Essa lógica serve tanto para os casos de vinculação para os casos de discricção.¹²⁵

A discricionariedade (administrativa para os efeitos deste estudo) para Odete Medauar é a “faculdade conferida à autoridade administrativa de se orientar livremente quanto à oportunidade e conveniência de seus atos; ou a de escolher uma solução entre muitas”.¹²⁶ Autora afirma que nesse conceito “sobressai a idéia de escolha livre, de espaço livre, de identificação do interesse público e seleção de meios para efetivá-lo”.¹²⁷

Cármem Lúcia Antunes Rocha vê na discricionariedade uma qualidade estatal por natureza na qual o administrador, assim como enxerga Afonso Rodrigues Queiró, tem o dever de buscar a finalidade pública específica no caso concreto. Para ela, a discricionariedade é a “qualidade de uma competência estatal, segundo a qual o Direito impõe ao administrador público o dever de buscar, no caso concreto e diante das circunstâncias materialmente apresentadas e por ele apreciadas e

¹²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e Controle Judicial**. 2ª Ed. 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 48.

¹²⁵ MELLO, *Discricionariedade e controle...*, *op. cit.*, p. 32-33.

¹²⁶ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. Ed. rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 194

¹²⁷ MEDAUAR, *O direito administrativo...*, *op. cit.*, p. 194.

demonstradas em sua motivação, a finalidade pública especificada”.¹²⁸ Para justificar sua necessidade, a jurista mineira argumenta que se o conjunto de cidadãos fosse apenas uma massa, sem rosto e sem particularidades ou diversidades, não se haveria de temer a uniformidade da atuação administrativa, pois esta seria sempre a mesma, dispensando a discricionariedade que vai permeando os fatos da vida com as diferenças com que estes se apresentam. Como essa massa teria uma única feição, bastaria a aplicação automática da norma jurídica. Não obstante, a demanda social ser enorme e massificada, a prestação é múltipla e distinta como são os homens que participam do Estado. A discricionariedade, dessa forma, continua sendo necessária.¹²⁹ No mesmo sentido, afirma que “a discricção administrativa juridicamente posta permite a maleabilidade e a agilidade que os movimentos da vida requerem da pessoa estatal, assegurando a unidade e a segurança do Direito sem perda da diversidade de comportamentos públicos que a pluralidade dos fatos sociais reclamam”.¹³⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, assim como a maioria da doutrina apresentada, define a discricionariedade administrativa como a “faculdade que a lei confere à administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.¹³¹ A autora afirma que a discricionariedade é necessária à medida que o legislador não tem condições de prever todas as situações possíveis, nem poderia estabelecer formas de proceder imutáveis e duradouras, pois as mesmas se mostrariam inadequadas para atender às mutações da vida social. Se materialmente é impossível ao legislador prever todas as ocorrências fáticas, logicamente, é impossível ao legislador utilizar, em todos os comandos normativos, conceitos precisos e unissignificativos, que mantenham uma interpretação única e isenta de dúvidas.¹³²

Maria Goretti Dal Bosco assim conceitua o ato discricionário:

A norma jurídica, todavia, reserva situações específicas, nas quais o administrador, ainda que seguindo a determinação legal, dispõe de certa margem de liberdade para algumas decisões, que se costuma entender como aquelas nas quais é o agente público o melhor especialista para

¹²⁸ ROCHA, *op. cit.*, p. 79-81.

¹²⁹ ROCHA, *op. cit.*, p. 116.

¹³⁰ ROCHA, *op. cit.*, p. 119.

¹³¹ DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa...*, *op. cit.*, p. 67.

¹³² DI PIETRO, *Discricionariedade Administrativa...*, *op. cit.*, p. 68-69.

adotar a decisão mais adequada aos administrados, quando se tem, então, um ato discricionário.¹³³

A autora esclarece que o exercício desse poder de escolha deve se direcionar ao objetivo fundamental exarado pelo texto legal, isto é, “o único resultado ajustado a todas as diretrizes jurídicas e legais, e que envolve análise detalhada de todas as circunstâncias do caso concreto, para se chegar ao que se poderia chamar de ‘decisão correta’”.¹³⁴ Ainda que se questione da existência de uma só decisão correta, há a possibilidade de se pensar na que mais se ajusta com as exigências da correção, na medida em que o agente o faz com base nas suas qualidades técnicas para a apreciação do caso concreto.¹³⁵ Oportuno lembrarmos a proximidade destes conceitos com os ensinamentos já mencionados de Celso Antônio Bandeira de Mello no qual ensina que a lei sempre impõe um comportamento ótimo ao administrador público.

Hely Lopes Meirelles não foge ao contexto, para ele os atos discricionários “são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”.¹³⁶

Esses atos discricionários são, (...) absolutamente necessários ao normal desempenho das funções administrativas. Praticados nos limites legais, e em defesa do bem-estar geral, que há de constituir sempre e sempre o objetivo da Administração, nada têm de arbitrário ou ilegítimo, nem deve o administrador abster-se de utilizá-los em benefício da coletividade.¹³⁷

Hely Lopes Meireles esclarece de forma muito apropriada ao dizer que esses atos são necessários ao normal desempenho da Administração Pública, pois ao administrador será necessário essa abertura legal para que a gestão dos interesses sociais realize-se respondendo às circunstâncias de cada momento.

Domingo Juan Sesin¹³⁸ afirma que a discricionariedade não é mais aquilo que estava fora do direito. Como o aparato público se subordina à ordem jurídica, a

¹³³ DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2007. p. 371

¹³⁴ DAL BOSCO, *op. cit.*, p. 371.

¹³⁵ DAL BOSCO, *op. cit.*, p. 371.

¹³⁶ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 145.

¹³⁷ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 148.

¹³⁸ SESIN, Domingo Juan. Acceso a La Jurisdicción y Tutela Judicial Efectiva. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos**

discricionariedade vive dentro do próprio ordenamento jurídico que vai dizer expressa ou implicitamente quando há discricionariedade.

Weida Zancaner também enxerga a discricionariedade balizada pelos ditames legais e não algo fora do direito. Para a autora, a apreciação subjetiva do administrador é necessária para o exercício do poder discricionário. Zancaner pondera, ao esclarecer que essa forma de atuar é uma atribuição fornecida ao administrador pela lei, não podendo ser entendida como faculdade extralegal, marginal ou anterior ao Direito, livre, sem peias e sem cerceios, visto que será válido o atuar subjetivo do administrador, se exercitado estritamente dentro da margem de liberdade concedida pela lei.¹³⁹

No mesmo sentido, Romeu Felipe Bacellar Filho, como já vimos na sua definição de atos discricionários no segundo capítulo deste estudo, vê a discricionariedade como uma margem de atuação conferida ao agente público, pela lei, no qual atuará conforme critérios de oportunidade e conveniência. Não há liberdade de atuação propriamente dita, nem mesmo arbítrio, pois é o próprio ordenamento que confere este espaço. A discricionariedade se aplicará quando as circunstâncias da realidade mostrarem-se de difícil ou impossível previsão. Esse espaço de atuação não estará coberto pela especificidade da norma, mas confiado ao tirocínio do administrador público para agir segundo os critérios, já mencionados, de oportunidade e conveniência.¹⁴⁰ O autor, para ilustrar o seu pensamento, utiliza-se de um exemplo muitíssimo interessante. Ele explica que:

A atividade discricionária assemelha-se a uma viagem empreendida por uma composição ferroviária, em que a Administração seria a locomotiva com os respectivos vagões, sendo o maquinista o Administrador Público. Os trilhos correspondem à lei. O itinerário seguirá tranquilo e previsível, pois submisso ao princípio da legalidade o administrador deverá traçá-lo sempre em cima dos trilhos, sob pena de descarrilamento da composição. Haverá de chegar um momento, contudo - uma encruzilhada com várias vertentes -, em que a lei não o informará qual direção a ser seguida. Incumbirá ao maquinista, administrador público, sem se afastar dos trilhos da lei, aferir a oportunidade e a conveniência da escolha do caminho ou da vertente apropriada. Incumbir-lhe-á, sempre, inclinar-se pela melhor opção.¹⁴¹

humanos / Jorge Luis Salomoni; Romeu Felipe Bacellar Filho y Domingo Juan Sesin. 1ª Edição – Buenos Aires, Ad -Hoc, 2006. p. 103.

¹³⁹ ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 1996. p. 48.

¹⁴⁰ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p.61 e 71.

¹⁴¹ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p.61-62.

É com esta visão por demais interessante da discricionariedade administrativa que encerramos este capítulo referente ao conceito e justificação da mesma. A visão desses ilustres autores nos leva à certeza de que se é certa a margem de atuação que o administrador público recebe do ordenamento jurídico para o bem administrar a máquina estatal, não será tão fácil e pacífico o entendimento a respeito do possível controle judicial que a discricionariedade administrativa poderá receber.

8 O princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário

Nossa carta constitucional é enfática ao delegar ao judiciário o monopólio da jurisdição. O art. 5º, XXXV determina: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*” Trata-se do princípio da *inafastabilidade do controle jurisdicional* ou *princípio da proteção judiciária*.¹⁴²

O professor José Afonso da Silva destaca que este princípio constitui a principal garantia dos direitos subjetivos. Cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada.¹⁴³

Juarez Freitas segue na mesma linha ao declarar que vivemos em um sistema de unicidade da jurisdição, “no seio do qual a última palavra cabe ao Poder Judiciário, sendo esta, indubitavelmente, uma cláusula intangível de nosso discurso constitucional.”¹⁴⁴

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao relacionar o referido preceito com a atuação do executivo, explica:

A importância prática do preceito ora examinado está em vedar sejam determinadas matérias, a qualquer pretexto, sonegadas dos tribunais, que ensejaria arbítrio. Proíbe, pois, que certas decisões do executivo, que devem estar jungidas à lei, escapem ao império desta, eventualmente, sem a possibilidade de reparação. O crivo imparcial do Judiciário, assim, pode perpassar por todas as decisões da Administração, contrariando a possível prepotência de governantes e burocratas.¹⁴⁵

¹⁴² SILVA, *op. cit.*, p. 430.

¹⁴³ SILVA, *op. cit.*, p. 431.

¹⁴⁴ FREITAS, *O controle dos atos...*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁴⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 62.

Florivaldo Dutra de Araújo confere a mesma extensão à interpretação deste dispositivo legal:

No Brasil, nenhum ato administrativo – “vinculado” ou “discricionário” – foge ao controle do Poder Judiciário. A este cabe apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito (individual ou coletivo, pois o art. 5º, XXXV, da Constituição da República não faz distinção). Qualquer norma infraconstitucional que dispuser em contrário estará de pronto fulminada de nulidade. Inexiste, portanto, em nosso país, o chamado “contencioso administrativo”, no sentido de uma jurisdição apartada do Poder Judiciário (contida, pois, na esfera do Executivo) e competente para resolver com definitividade conflitos entre o particular e a Administração Pública. Alguns órgãos administrativos com atribuição de conhecer tais conflitos existem, mas suas decisões só valem no âmbito interno do Executivo, e o particular pode ingressar em juízo para novamente discutir a lide. Por isso, diz-se que, entre nós, vige o sistema de jurisdição comum ou de jurisdição única.¹⁴⁶

A esse respeito, Romeu Felipe Bacellar Filho ensina que a Constituição de 1988, em relação à Constituição anterior (1967 e Emenda Constitucional n. 1 de 1969), deu maior amplitude ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV). Acrescentou a expressão “ameaça” à expressão “lesão” e foi retirado o termo “individual” relativos aos direitos, para abranger quaisquer direitos (individuais, coletivos, difusos). Agracia-se ao Judiciário com um poder geral, inserido na tendência de aumento do controle jurisdicional, materializado pela ampla possibilidade de reexame das decisões da Administração, acrescido pelo imperativo constitucional do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.¹⁴⁷

9 A atuação do juiz no Estado Democrático de Direito e o atual panorama político brasileiro

Se no Estado Liberal o campo de atuação judicial limitava-se a solucionar conflitos que se manifestavam no espaço privado e onde o uso da lei seria privilegiado, confundida que era, a lei, com o conceito maior de justiça, no Estado

¹⁴⁶ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1992. p. 145-146.

¹⁴⁷ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p.229-230.

Democrático de Direito sua atuação é outra, passando o juiz a julgar conforme os critérios de justiça plasmados na Constituição.¹⁴⁸

Não obstante o esforço dos tribunais superiores em uniformizar decisões, demarcar os critérios hermenêuticos e disciplinar o corpo de magistrados, tem surgido cada vez mais iniciativas judicantes promocionais de direitos e garantias democráticas, constitucionais e infraconstitucionais, no território brasileiro, as quais não se conformam com as demarcações institucionais positivistas supra-referidas, e por isso são responsáveis por muitos avanços humanitários e compromissados com o modelo de sociedade desenhado pela Constituição, a despeito que aconteçam alguns equívocos voluntariosos e de fragilização da democracia contemporânea.¹⁴⁹ Essa reflexão faz parte da crítica que Rogério Gesta Leal apresenta sobre o Poder Judiciário brasileiro na atualidade. Em face da mudança de atuação dos magistrados em relação à sociedade civil que vem ocorrendo, o autor, para ilustrar o seu pensamento, traz dados de uma pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB – em 2005, sob a coordenação da Prof^a. Maria Tereza Sadek, consultando 3.528 magistrados brasileiros sobre diversas questões atinentes à jurisdição, à Sociedade e ao Estado. Essa pesquisa foi publicada no jornal O GLOBO, Rio de Janeiro, edição de 30/10/2005, pág. 03. Alguns itens mostram a mudança, ainda que embrionária, da perspectiva dos juízes nacionais em torno de temas que antes e tradicionalmente não lhe diziam respeito de perto.¹⁵⁰

Diante do questionamento se os magistrados, ao julgarem, deveriam ou não levar em conta não só questões dispostas na lei, mas seus efeitos sociais, 83,85% dos entrevistados disseram que levam em conta os efeitos sociais da decisão, e 40,50% informaram que levam em conta também as questões econômicas envolvidas. Já 78,50% dos entrevistados referiram que leva em conta o compromisso com as causas sociais, e 36,50% com causas econômicas. No que tange ao uso das súmulas para decidir, 65,60% disseram que o fazem, sendo que 30% afirmaram que o fazem com muita freqüência. De forma até mesmo paradoxal,

¹⁴⁸ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A atuação do juiz no Estado Democrático de Direito: Em busca do ponto de equilíbrio. **Estudos Constitucionais** / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, José Luis Bolzan de Moraes, Lenio Luiz Streck (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 106.

¹⁴⁹ LEAL, Rogério Gesta. Aspectos exploratórios da natureza política do Poder Judiciário democrático no Brasil. **Estudos Constitucionais** / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, José Luis Bolzan de Moraes, Lenio Luiz Streck (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 392-393.

¹⁵⁰ LEAL, *Aspectos exploratórios...*, *op. cit.*, p. 393.

61,20% dos entrevistados disseram que são contra a instituição da súmula vinculante para decisões do STF e STJ, contra 30,90% dos favoráveis.¹⁵¹

Foi “com a Constituição de 1988 que vemos surgir novos tipos de questionamentos e enfretamentos teóricos e práticos do perfil da cidadania, Estado, mercado e relações sociais, oportunizando um aprofundamento mais reflexivo e pragmático dos misteres do Estado-juiz contemporâneo”.¹⁵²

Esse fenômeno junta-se a outro que é o descrédito da população com os líderes políticos diante de casos crescentes de jogos políticos de interesses, corrupção e distanciamento das demandas sociais. Pesquisas apontam o motivo desse descrédito:

“O Brasil é o 72º colocado no ranking anual sobre corrupção elaborado pela organização não-governamental Transparência Internacional e divulgado nesta quarta-feira (26). O país registrou nota 3,5 em uma classificação que vai de 10 (para países menos corruptos) até zero (países mais corruptos). No ano passado, o país estava em 70ª e tinha nota de 3,3. A variação da nota em 0,2 não pode ser comemorada, de acordo com Bruno Speck, assessor sênior da entidade para a América Latina, uma vez que está dentro da margem de erro, que é três pontos para baixo e cinco pontos para cima. Speck é também professor de ciências políticas da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp).

*A nota do Brasil no índice de percepção da corrupção já chegou a 4,0, nos anos de 2001 e 2002. Desde então, foi para 3,9, depois para 3,7 e atingiu 3,3 no ano passado. “A margem de 3,5 a 4,0 coloca o Brasil entre os países onde a corrupção é um problema grave. Apesar dos vários esforços do governo, ainda há muito o que fazer.”*¹⁵³

“A corrupção e a violência são os itens que mais envergonham os brasileiros, revela pesquisa do Instituto Sensus, encomendada pela Confederação Nacional do Transporte e divulgada nesta terça-feira (26). Realizada entre 18 e 22 de junho, a pesquisa ouviu 2 mil pessoas em 136 municípios de todo o país.

¹⁵¹ LEAL, Aspectos exploratórios..., op. cit., p. 393.

¹⁵² LEAL, Aspectos exploratórios..., op. cit., p. 394.

¹⁵³ Notícia de 26/09/07 no G1 Notícias, disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL110330-5601-51,00.html>, acesso em 07/09/09.

Para 41,3% dos entrevistados, a corrupção é o principal motivo de vergonha. A violência aparece em seguida, sendo citada por 17,1%. A pobreza é apontada por 12,7%.

De modo geral, a ampla maioria dos entrevistados (91,1%) disse ter orgulho de ser brasileiro. Apontam como motivo de orgulho as riquezas naturais (25,7%) e a solidariedade do brasileiro (19,5%). A política foi citada por apenas 0,3%.¹⁵⁴

“O índice de percepção de corrupção – que reflete como cidadãos em diversos países vêem o combate a este mal – calculado para o Brasil permaneceu em 3,5 pontos, intocado em relação ao ano passado, em uma escala que varia de 0 a 10.

Segundo a ONG, a situação do Brasil é ilustrativa da regional: 22 dos 32 países da região incluídos no levantamento ficaram abaixo dos 5 pontos, o que indica problemas sérios de corrupção.

Destes, 11 sequer passaram dos 3 pontos, marco indicativo de corrupção desenfreada.

Em sua análise para as Américas, a TI qualificou os resultados como “tendência infeliz para a região nos últimos anos”.

“Os esforços anticorrupção parecem ter estancado, o que é particularmente perturbador à luz dos programas de reformas de muitos governos”, afirma o comunicado da ONG.¹⁵⁵

Mesmo que se possa questionar os métodos e critérios de tais notícias e pesquisas, o certo é que no Brasil paira no ar uma nuvem de impunidade, de desconfiança e descrédito sobre os governantes e também sobre o poder legislativo. Notícias de “mensalão”¹⁵⁶, inúmeras CPI’s e muitos outros escândalos políticos contribuem para este quadro.

¹⁵⁴ Notícia de 26/09/07 no G1 Notícias, disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL59046-5598,00.html>, acesso em 07/09/09.

¹⁵⁵ Notícia de 23/09/08 no VOTE BRASIL, disponível em: <http://www.votebrasil.com/noticia/politica/combate-a-corrupcao-estanca-no-brasil-diz-transparencia-internacional>, acesso em 07/09/09.

¹⁵⁶ Escândalo do Mensalão ou “Esquema de compra de votos de parlamentares” é o nome dado à maior crise política sofrida pelo governo brasileiro do presidente Luiz Inácio Lula da Silva (PT) em 2005/2006. O neologismo mensalão, popularizado pelo então deputado federal Roberto Jefferson em entrevista que deu ressonância nacional ao escândalo, é uma variante da palavra “mensalidade” usada para se referir a uma suposta “mesada” paga a deputados para votarem a favor de projetos de interesse do Poder Executivo. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo_do_mensal%C3%A3o, acesso em 07/09/09.

Em relação à formulação e execução das políticas públicas, Maria Goretti Dal Bosco alega que nesse campo há pouca interferência das populações que serão atingidas pelas prestações proporcionadas pelos planos estatais de governo. Maria Goretti assim expressa o seu pensamento:

O que se percebe é que a elaboração dos planos de governo, que encerram as políticas públicas em todas as áreas da Administração, costuma ficar sob a responsabilidade do Executivo, que acaba por ceder apenas em alguns setores, conforme o nível de pressão dos atores sociais, e do Legislativo, responsável por algumas mudanças provocadas, igualmente, pela interferência de grupos de pressão, e boa parte fruto de negociações políticas, não raro, distanciadas das verdadeiras expectativas das populações. O modelo de elaboração das políticas públicas, assim, na maioria dos casos, passa ao largo das reais expectativas das populações e, portanto, é natural que, ao final, essas políticas cheguem a destoar, de modo significativo, das demandas populares.¹⁵⁷

Sobre a produção legislativa brasileira, Luiz Guilherme Marinoni argumenta que:

A falta de conhecimento do direito, e até mesmo a tentativa de desprezo de direitos básicos e indisponíveis, por parte dos grupos de pressão, gera a cada dia leis mais complexas e obtusas, fruto de ajustes e compromissos entre os poderes sociais em disputa. É evidente que, diante disso, as características da impessoalidade e da coerência da lei – sonhadas pelo positivismo clássico – deixam de existir. A vontade legislativa passa a ser a vontade dos ajustes do legislativo, determinada pelas forças de pressão. A respeito, afirma-se que a maioria legislativa é substituída, cada vez com mais frequência, por variáveis coalizões legislativas de interesses.¹⁵⁸

O autor vai além:

Atualmente, como se reconhece que a lei é o resultado da coalização das forças dos vários grupos sociais, e que por isso frequentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça.

Na verdade, ainda que não houvesse a consciência do pluralismo, somente com uma ausência muito grande de percepção crítica se poderia chegar à conclusão de que a lei não precisa ser controlada, por ser uma espécie de fruto dos bons, que se colocam acima do bem e do mal, ou melhor, do executivo e do judiciário. Ora, a própria história se encarregou de mostrar as arbitrariedades, brutalidades e discriminações procedidas por leis *formalmente* perfeitas.¹⁵⁹

¹⁵⁷ DAL BOSCO, *op. cit.*, p. 385.

¹⁵⁸ MARINONI, *op. cit.*, p. 41-42.

¹⁵⁹ MARINONI, *op. cit.*, p. 43.

A referida tendência de expansão do poder do Judiciário, amparada no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no qual estudamos no capítulo anterior, na qual é chamada comumente de ativismo judicial, bem como os índices de corrupção e as coalizões legislativas de interesses, são fatores, não os únicos, mas que instigam uma maior interferência do Judiciário no Executivo. A abertura da participação popular iniciada no decorrer da década de 1980¹⁶⁰ propiciou uma maior cobrança sobre os poderes públicos e a pressão para uma melhor administração da máquina estatal aumentou. Ou seja, há toda uma atmosfera propícia para que tal controle ocorra.

Ramo da doutrina administrativista mobiliza-se à formulação de teorias que embasem um maior controle judicial da administração pública, principalmente no seu viés discricionário.

Em 1941, durante o período da Ditadura estabelecida por Getúlio Vargas, Miguel Seabra Fagundes lança a obra “*O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*”. O período já era propício para uma obra que trata deste assunto. O autor, no prefácio da primeira edição, assim expõe o seu intento:

Aventuramo-nos, por isso, a este trabalho, que não passa duma tentativa de sistematização dos princípios que regem, em seu conjunto, o exercício e correlação das funções estatais, a formação, o conteúdo e as nulidades dos atos administrativos, os direitos e obrigações do indivíduo em face do Estado, os conflitos entre este e aquele, o papel da função jurisdicional e do Poder Judiciário no controle de tais conflitos e os meios processuais utilizáveis para removê-lo. A tarefa nos pareceu extenuante, dada a variedade, mobilidade e dispersão das leis, dos princípios doutrinários e da jurisprudência. Por isto mesmo estamos certos de que muitas falhas nos terão escapado. Que as preencham os doutos, relevando-nos a audácia do empreendimento, cuja intenção foi honesta.¹⁶¹

O notável jurista, que aos 25 anos de idade já se tornava o Desembargador mais jovem do Brasil, é o primeiro a tratar do assunto, aqui nas terras tupiniquins, de forma mais aprofundada. O autor, na obra supracitada assim expõe:

A finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública. Esta, como órgão ativo do Estado, tem freqüentes oportunidades de contato com o indivíduo, nas quais lhe pode violar os direitos, por abuso ou erro na aplicação da lei. Tal sistema de controle é o meio mais prático de contê-la na ordem jurídica, de modo a assegurar ao indivíduo o pleno exercício dos seus direitos.

¹⁶⁰ Cita-se o movimento das Diretas Já.

¹⁶¹ FAGUNDES, *op. cit.*, *Prefácio da primeira edição*.

(...) No Estado Brasileiro ainda mais se acentua a importância do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, porque, sendo o regime presidencial, caracteriza-se, particularmente, pela supremacia do Poder Executivo sobre o legislativo, cujo controle sobre aquele é insignificante. Praticamente no Poder Judiciário está o único elemento fiscalizador das atividades executivas.¹⁶²

Não é de se estranhar a visão de Seabra Fagundes pois nesse período ainda não experimentávamos uma participação ativa da população numa forma de democracia participativa cuja base fundante é a da cidadania. O controle judicial, assim, era o único e o mais qualificado meio de controle para se evitar abusos do Poder Executivo.

De lá pra cá, renomados juristas como Juarez Freitas e Celso Antônio Bandeira de Mello sem contar muitos outros, deitam sobre o assunto e muitas teorias surgem, umas a favor de um efetivo controle por parte do Judiciário ao Executivo, outras na maré contrária desse controle.

Neste próximo capítulo procuraremos abordar os aspectos favoráveis deste controle bem como a sua justificação.

10 Justificação para o controle judicial da discricionariedade administrativa

O notável jurista espanhol Eduardo García de Enterría¹⁶³ ensina que o princípio de legalidade da Administração atribui, ao que ele chama de *potestades* à Administração. A legalidade outorga faculdades de atuação, definindo cuidadosamente seus limites, delega poderes, habilita a Administração para sua ação conferindo-lhe a tal efeito, poderes jurídicos. Sem uma atribuição legal prévia de potestades, a Administração não pode atuar.¹⁶⁴ Assim, há as potestades reguladas, nas quais a lei determina exaustivamente todas e cada uma das condições de exercício da potestade, e há também as potestades discricionais às quais a lei define algumas das condições de exercício de tal potestade, remetendo à

¹⁶² FAGUNDES, *op. cit.*, p. 92-93.

¹⁶³ Eduardo García de Enterría é considerado um dos juristas espanhóis mais notáveis de sempre. O reconhecimento da sua grandeza intelectual e científica extravasa, aliás, as fronteiras espanholas, como se comprova pelos inúmeros graus de Doutor Honoris Causa, Professor Honorário, Professor Extraordinário ou Acadêmico. Correspondente que lhe foram atribuídos por universidades estrangeiras (Universidade de Paris/Sorbonne, Universidade de Porto Alegre, Universidade de Buenos Aires, Universidade de Guadalajara, Universidade Nacional Mayor de San Marcos/Lima, entre outras). Disponível em: http://sigarra.up.pt/up/web_base.gera_pagina?P_pagina=1001757, acesso em 23/09/09.

¹⁶⁴ ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 376-377.

estimação subjetiva da Administração o restante das ditas condições. Enterría pondera que esta avaliação subjetiva não é uma faculdade extralegal, que surja de um suposto poder originário da Administração, anterior ou marginal ao Direito. É, ao contrário, uma estimativa cuja importância vem de ser expressamente definida pela lei que configurou a potestade e que atribuiu à Administração esse caráter. A discricionariedade não é um caso de liberdade da Administração frente à norma, antes, porém, é um caso típico de remissão legal.¹⁶⁵

Enterría, porém, ao penetrar o seu raciocínio no problema da questão, esclarece que a existência de potestades discricionais constitui um desafio às exigências de justiça, pois como controlar a regularidade e a objetividade das apreciações subjetivas da Administração? Como evitar que, invocando essa liberdade estimativa, se ofenda no caso concreto a equidade? Como impedir que a liberdade de apreciação não pare em arbitrariedade pura e simples? Enterría usa das palavras de Hans Huber, ao dizer que a discricionariedade “é o cavalo de Tróia dentro do Estado de Direito”.¹⁶⁶

O mestre espanhol chega a dizer que esse pensamento nos leva a inferir que a solução mais óbvia a este desafio seria declarar a imunidade jurisdicional pura e simples dos atos discricionais. Sua justificação seria clara se a lei renuncia a regular a discricionariedade e, mais do que isso, esta consiste em que a lei remete à apreciação subjetiva da Administração, não haveria maneira de articular um controle de legalidade de seu exercício. Poderia avaliar-se sua oportunidade, mas isto seria próprio de um julgamento político, sendo por isso controlado por um órgão político. Não seria em caso algum articulável em um julgamento de direito. Mas, para Enterría, tal posição é hoje insustentável em sua essência. Cada vez mais existe a consciência de que a renúncia a um controle judicial da discricionariedade seria consagrar uma verdadeira carta branca a favor dos despachos administrativos. A “juridificação” deste último reduto da antiga arbitrariedade é um dos grandes temas do Direito Administrativo contemporâneo, sem o prejuízo de respeitar o que o mesmo implica de legítima liberdade de decisão.¹⁶⁷ Assim, Enterría consagra sua posição:

¹⁶⁵ ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 388-390.

¹⁶⁶ ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 392.

¹⁶⁷ ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 392.

O controle judicial da discricionariedade não implica, porém, uma negação do âmbito próprio dos poderes de mando e da iniciativa conformadora do Poder Público, senão que, mais simplesmente, trata de impor a suas decisões o respeito aos valores jurídicos substanciais, cuja transgressão nem faz parte de suas funções nem a requerem tampouco suas responsabilidades, nem pode justificar-se em nenhuma margem de liberdade, que não é possível que seja reconhecida pelo Ordenamento jurídico que proclama tais valores.¹⁶⁸

Com a conhecida autoridade com que escreve sobre o tema, Juarez Freitas enfatiza a necessidade do controle dos atos administrados não ficarem adstritos à legalidade restrita de outrora. Ao invés de controles meramente formalistas, confrontá-los com a totalidade do sistema constitucional do Direito Administrativo em sua dimensão do que o autor chama de *rede hierarquizada* de princípios, normas e valores. Assim, para que a noção de controle dignifique-se e tenha uma real efetividade, há de se concretizar os princípios superiores estatuídos em nosso texto constitucional.¹⁶⁹

Diante disso, com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. O que de mais importante ocorre dessa *constitucionalização* do Direito Administrativo é a ligação direta dos princípios constitucionais à administração pública. Assim, toda a sistematização dos poderes e deveres da Administração Pública passa a ser traçada a partir dos lineamentos constitucionais, com especial ênfase no sistema de direitos fundamentais e nas normas estruturantes no contexto do Estado Democrático de Direito.¹⁷⁰

Com a vinculação direta da administração à Constituição, não há como se falar numa dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas sim em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade. A discricionariedade não é nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos.¹⁷¹

Juarez Freitas pondera que, ao se buscar uma vitalização dos princípios e das normas administrativistas, não se deve ter a impressão de que se esteja a

¹⁶⁸ ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 412.

¹⁶⁹ FREITAS, *O controle dos atos...*, *op. cit.*, p. 19.

¹⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. Direito Administrativo em 2006: Uma breve resenha. **Revista de Direito do Estado** – nº 5 (janeiro/março 2007) – Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 32-33.

¹⁷¹ BINENBOJM, *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, p. 35-36.

propagar um controle sem limites, absoluto ou usurpatório, nem mesmo um abandono de precauções ou cautelas quanto às regras formais. Ao operar o papel de controlador dos atos administrativos, com ênfase nos princípios, deve-se ter a ciência do sistema jurídico, sabendo que subjacente às exigências formais, se oculta uma teleologia que requer ao que ele chama de *inteligência ponderada*¹⁷² para o bem operar a junção dos princípios e das normas.¹⁷³ O autor consolida sua posição ao afirmar: “Em termos de técnica administrativa, certa margem de discricionariedade permanece inafastável, sob pena de usurpação de poder. Em realidade, trata-se de sulcar a noção de que toda discricionariedade está, por assim dizer, vinculada”.¹⁷⁴

Já vimos no capítulo em que tratamos do conceito da discricionariedade que para Celso Antônio Bandeira de Mello a lei impõe ao administrador um comportamento ótimo. O autor argumenta que não teria sentido a lei, podendo fixar uma solução ótima para atender o interesse público, e uma solução sofrível ou relativamente ruim, fosse indiferente perante estas alternativas. Para cada caso concreto a lei define uma solução que deverá ser ótima. Celso Antônio crava o seu posicionamento ao dizer que “se não for esta (solução) a adotada haverá pura e simplesmente violação da norma de Direito, o que enseja correção jurisdicional, dado que terá havido vício de legitimidade”.¹⁷⁵ Vemos assim, que mesmo diante dos aspectos discricionários do ato administrativo, na visão do referido autor, o controle jurisdicional é possível.

Odete Medauar também postula a um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da administração. A autora aponta o respaldo constitucional consubstanciado no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional a autorizar essa intervenção.¹⁷⁶

A autora utiliza-se de um voto do Min. Celso de Mello para fortalecer a sua posição:

Significativo, nessa linha, trecho do voto do Min. Celso de Mello no MS 20.999, julgado pelo STF em 21.03.90: “É preciso evoluir cada vez mais no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há

¹⁷² Baseado em autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy.

¹⁷³ FREITAS, *O controle dos atos...*, op. cit., p. 20.

¹⁷⁴ FREITAS, *O controle dos atos...*, op. cit., p. 38.

¹⁷⁵ MELLO, *Discricionariedade e controle...*, op. cit., p. 37.

¹⁷⁶ MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993. p. 173-174.

de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo” (*RDA* 179-180/117, jan.-jun./1990).

No mesmo sentido é o pensamento de Luiz Antônio Soares Hentz¹⁷⁷. Para o autor, quando o agir do administrador público não corresponder ao esperado, movendo sua conduta por capricho, má-fé ou imoralmente, dando causa ao abuso de poder, os particulares prejudicados poderão intentar ação própria para o desfazimento do ato, como também poderão movimentar ação coletiva com vistas à cessação e recuperação do dano causado ao patrimônio público e à moralidade administrativa. O jurista paulista expõe que o princípio da legalidade é o símbolo maior do Estado de Direito e que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, fazendo clara alusão ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Partindo desse princípio, o autor assevera que significará arbítrio a sonegação de matérias ou casos aos juízes e Tribunais, e como tal, nem mesmo os atos discricionários editados pelo administrador público podem ficar protegidos pelo ilusório manto de independência de poderes. Hentz explica-se melhor ao dizer que se a lei protege uma necessidade pública abstratamente considerada, cabe ao administrador agir em consonância àquela necessidade. A legislação deixa ao administrador um leque de possibilidades de agir, mas esse poder de escolha não é livre, pois que deve necessariamente representar a melhor opção nas circunstâncias possíveis, atendendo ao dogma da legalidade e moralidade. Sempre que alguém puder invocar a ocorrência de lesão ou ameaça a direito seu e ligar a causa a ação emanada do poder público, basta demonstrar que essa ação afrontou à lei concretamente e à moralidade para que o Poder Judiciário se intrometa no conflito exercendo sua competência constitucionalmente deferida sem a limitação que se quer impor aos atos ditos discricionários. O autor não vê limites à interferência jurisdicional no campo de atuação administrativa. Para isso ele expõe:

A questão do mérito administrativo, em suma, não impede o conhecimento judicial das causas que levaram à eleição de uma possibilidade entre tantas. Também o exame da conveniência e oportunidade não escapa do crivo revisional e já se diz jurisdicionalizada a ação do administrador público porque não se coaduna com os sentimentos de justiça e viabilidade de perdurar em seus efeitos uma ação inoportuna e inconveniente. É

¹⁷⁷ HENTZ, Luiz Antônio Soares. **Direito Administrativo e Judiciário**. São Paulo: Editora Leud, 1998. p. 82-84.

preciso que se vá além do mero exame externo da conduta administrativa, detendo-se na análise dos fatos para surpreender os desvios da finalidade legalmente prevista.¹⁷⁸

Se para Juarez Freitas o controle da Administração deve ser feito levando em conta uma rede hierarquizada de princípios, normas e valores, Maria Goretti Dal Bosco vincula a Administração aos direitos, liberdades e garantias.¹⁷⁹ Para a autora não há uma discricionariedade plena, todos os atos da Administração estão sujeitos às regras, e princípios do ordenamento jurídico e mesmos nas atividades discricionárias não poderá o legislador afastar-se do objetivo maior da legislação que é o interesse público.

Maria Goretti enfrenta a situação na qual se entende que em determinadas situações somente os agentes da Administração estariam habilitados a fornecer conclusões, pois estes seriam especialistas em determinadas atividades que competem apenas à máquina estatal. O juiz, nos casos em que se deparar com situações suspeitas, nas quais há uma irrazoabilidade diante dos padrões comuns aceitáveis na avaliação feita pela Administração, podendo supor que houve a possibilidade de desvios que oneraram o Erário, não deverá hesitar em determinar uma perícia técnica para avaliar se tal medida reveste-se de razoabilidade e proporcionalidade. Assim, a técnica não pode ser limitadora da fiscalização do judiciário.¹⁸⁰ A autora argumenta que a Administração tem o dever de realizar os direitos fundamentais dos cidadãos no maior grau possível, observando sempre o interesse geral. Dessa forma, o tradicional controle dos atos da Administração que é feito no Brasil, partindo-se da existência de uma decomposição em conteúdo, forma e pressupostos, no qual objetiva-se atestar-lhes a conformidade e legalidade, é insuficiente e incompleto, já que um ato poderá estar revestido de todos os requisitos legais, mas estar em total conflito com os direitos tutelados pelo ordenamento jurídico. Portanto, a legitimidade do controle judicial junto à Administração Pública advém do fato dessa mesma Administração gerenciar interesses que não são seus, mas da comunidade à qual serve, e é esta mesma comunidade que deve decidir o que deseja e a forma como executar o seu intento. Esta vontade consolida-se na lei aprovada pelo Parlamento, ao cumprimento da qual

¹⁷⁸ HENTZ, *op. cit.*, p. 84.

¹⁷⁹ DAL BOSCO, *op. cit.*, p. 380-381.

¹⁸⁰ DAL BOSCO, *op. cit.*, p. 382.

a Administração está adstrita. O Judiciário, então, tem a legitimidade para controlar a legalidade administrativa, pois a este cabe a proteção do princípio da legalidade.¹⁸¹

Assim, a realidade que os juízes enfrentam hoje, onde a litigiosidade ganhou parâmetros de infinitude¹⁸² e o Judiciário defronta-se com a discussão dos valores como os da propriedade e função social, direitos ambientais, dos consumidores, dos menos favorecidos, entre outros, o papel deste poder não pode continuar ao que este desempenhava no século XIX. Por isso, não se permite que os juízes se isolem no neutralismo formal da legislação, sem avaliar o conteúdo de certas decisões da Administração que se incluem entre as quais, aquelas que cabem ao Executivo escolher a decisão mais adequada.¹⁸³

É neste sentido, que Maria Goretti Dal Bosco cita o caso da Sentença em Ação Civil Pública, Autos nº 038.03.008229-0, em que o Ministério Público através de ação contra o Município de Joinville reclamava inversão de prioridades com a desapropriação de área particular, no valor de 1,75 milhões de reais, para construção de estádio de futebol, em detrimento do atendimento a 2.948 crianças para as quais não havia vagas nas escolas. O juiz condenou liminarmente o Município a abrir as vagas necessárias no período de 45 dias, sob pena de multa mensal no valor de um salário-mínimo por vaga não preenchida, revertendo os valores ao Fundo Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. A autora coloca que a liminar do juiz de primeiro grau foi cassada pelo TJ-SC, mas antes da sentença de mérito, o Município e o Ministério Público assinaram um Termo de Ajustamento de Conduta, prevendo a construção dos centros educacionais reclamados, no prazo de quatro anos. O juiz homologou o acordo e o processo foi arquivado.¹⁸⁴

Diante de tais situações é que a autora defende que o administrador público só poderá escolher suas prioridades de forma discricionária depois de cumprir com o básico, pois enquanto não o fizer, impossibilitada se apresenta a destinação de

¹⁸¹ DAL BOSCO, *op. cit.*, p. 384.

¹⁸² Segundo estatísticas do site do STF em relação ao relatório das atividades de 2008, a razão de processos protocolados (99.218) mais o estoque de 2007 sobre 11 Ministros, totaliza carga de 20.766 processos por Ministro no ano de 2008. Ou seja, se dividirmos esse valor por 12 (nº de meses) dá um total de aproximadamente 1.730 processos por mês por Ministro e depois dividirmos por 30 (nº de dias no mês) dá um total de aproximadamente 58 processos por dia para serem analisados por apenas um Ministro do STF. Dados disponíveis em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/STF_Relatorio_de_Atividades_2008_capa2.pdf, acesso em 24/09/09.

¹⁸³ DAL BOSCO, *op. cit.*, p. 389.

¹⁸⁴ DAL BOSCO, *op. cit.*, p. 391.

recursos para outras finalidades, cuja natureza foge à urgência das necessidades fundamentais dos administrados.¹⁸⁵ Maria Goretti, continua sua argumentação ao dizer que atitudes como esta que se verificou na ação do Ministério Público contra o Município de Joinville não podem ser vistas como “judicialização da política” ou “ativismo judicial”, pois que

se uma parcela da população não dispõe de mecanismos de defesa dos seus direitos de outro modo que não a ação judicial proposta pelo Ministério Público ou por associações credenciadas a isto, não resta outra alternativa ao magistrado que a de acolher o pedido e determinar a correção da situação de extrema gravidade, urgência e injustiça, conforme o caso, através da realização das obras e serviços necessários à efetivação da decisão. O que se exige é a aplicação da lei de acordo com a Constituição, o que é considerado, no Brasil, tarefa mais fácil do que em outros países, onde é necessário realizar um exaustivo trabalho de interpretação, para retirar de vagos princípios as diretrizes da norma. A Carta brasileira não padece desses males, pois tem caráter analítico, o que implica, apenas, a sua implementação para que sejam alcançados os objetivos de justiça social.¹⁸⁶

O autor Gustavo Binembjm, que também defende um efetivo controle judicial à Administração Pública, expõe que desde o século XIX é possível identificar um longo percurso no sentido fixar parâmetros jurídicos à discricionariedade administrativa. Para o autor, esse balizamento foi de início restrito à lei, preservando-se intocável ao controle jurisdicional o núcleo ou mérito do ato administrativo. É dessa forma que Binembjm apresenta etapas nas quais, segundo o autor, foram ocorrendo uma *juridicização* da discricionariedade administrativa¹⁸⁷:

I) Teoria dos elementos do ato (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), com a possibilidade de sindicância dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, forma e finalidade);

II) O desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (desvio de poder, excesso de poder, motivos determinantes);

III) O desenvolvimento de uma teoria dos conceitos jurídicos indeterminados;

IV) O desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.¹⁸⁸

¹⁸⁵ DAL BOSCO, *op. cit.*, p. 391-392.

¹⁸⁶ DAL BOSCO, *op. cit.*, p. 392-393.

¹⁸⁷ BINENBOJM, *Uma teoria do direito administrativo...*, *op. cit.*, p. 197.

¹⁸⁸ Ao longo da nossa pesquisa, para compor o presente estudo, verificamos que boa parte da doutrina ao se debruçar sobre o controle da discricionariedade administrativa pelo Judiciário aborda as teorias supracitadas. Por opção pessoal decidimos não adentrar em tais teorias para nos ater apenas ao fenômeno do controle judicial da discricionariedade em si. Citamos tais etapas somente a título de registro.

11 Conseqüências do controle judicial da discricionariedade

Se ao longo do tempo esse processo de juridicização da discricionariedade administrativa só tem aumentado, perguntamos, quais seriam, então, as conseqüências do controle jurisdicional no âmbito da Administração Pública?

Odete Medauar demonstra que as conseqüências mais comuns são: a suspensão de atos ou atividades, anulação, imposição de fazer, imposição de se abster de algo, imposição de pagar e imposição de indenizar.¹⁸⁹

Em relação à *suspensão de atos ou atividades* a autora ensina que com essa medida o Judiciário ordena que não se produzam efeitos de atos ou que paralise atividades provisoriamente, até a decisão final da ação ou por tempo determinado. É o caso das liminares. No caso da *anulação*, o Poder Judiciário determina que o ato seja invalidado, deixe de vigorar e produzir efeitos a partir de seu ingresso no mundo jurídico. A anulação tem efeitos *ex tunc*, para invalidar o ato desde o momento em que surgiu. A *imposição de fazer* ocorrerá nas decisões definitivas do Judiciário. Essas decisões poderão vir numa ordem de realizar algo, de agir em certo sentido ou de tomar alguma providência. Mas, se a sentença contém determinação de deixar de fazer algo, a Administração é obrigada a paralisar atividade ou não iniciar atividade que pretendia realizar, é nesse momento que há uma *imposição de se abster de algo*. Já a *imposição de pagar* ocorre comumente em sentenças relativas a diferenças de vencimentos de servidores, a benefícios não reconhecidos espontaneamente pela Administração, a devolução de indébitos, etc. E por fim, há a figura da *imposição de indenizar*. Esta decorrerá de sentenças que impõem à Administração o dever de reparar danos, como nas ações que se referem à responsabilidade civil do Estado ou nas expropriatórias.¹⁹⁰

É assim que, numa hipótese de discricionariedade, o juiz verificar que a opção do administrador não se achava entre as protegidas legalmente, anulará o ato. Nesse caso, não haverá substituição à Administração, suprimindo-lhe a vontade defeituosa. Apenas o seu ato anterior será invalidado, a oportunidade de praticar

¹⁸⁹ MEDAUAR, Controle da Administração..., op. cit., p. 179-180.

¹⁹⁰ MEDAUAR, Controle da Administração..., op. cit., p. 179-180.

novo ato contido dentre os limites opcionais previstos em lei, lhe será deixado intacto.¹⁹¹

12 A importância da motivação para o controle judicial da discricionariedade

Já vimos no segundo capítulo deste estudo que em regra, todo ato administrativo precisa ser motivado, mas há casos em que a lei não subordina sua prática a uma condição que limita o seu exercício, então, nesses casos não é exigida, à priori, uma motivação. A lei deixa ao arbítrio da Administração como, por exemplo, nas funções de confiança. Vimos também que, se não era exigida a motivação, mas, no caso, ela foi feita, deverá ser verdadeira, caso contrário o ato não será válido. É o que diz a Teoria dos motivos determinantes. A análise realizada neste estudo sobre o motivo do ato administrativo não foi por acaso, o exame acerca da veracidade material do motivo do ato, bem como quanto ao seu conteúdo jurídico é o que poder levar a um controle jurisdicional da discricionariedade administrativa mais intenso.

Themístocles Brandão Cavalcanti expõe que no sistema do contencioso administrativo¹⁹², especialmente do Conselho de Estado na França, permite-se em certos casos, uma maior investigação sobre a exatidão dos motivos. Já no regime judiciarista brasileiro só o admitiria em casos que a motivação fosse da própria essência do ato.¹⁹³

O autor supracitado relata que na época em que era Ministro do STF, defendeu essa tese em um caso de livre demissão de membros de um Conselho Administrativo nomeado *pro tempore* e que foram demitidos no curso do mandato. Defendeu a integridade desse mandato salvo a demissão por justa causa, que poderia ser invocada fundada no interesse público, na falta de zelo na função, etc. Em sua tese, admitia o vínculo *pro tempore* e não reconhecia o descumprimento do prazo sem justa causa. A necessidade da motivação do ato era da sua própria essência, mas a simples referência ao motivo que o justificasse tiraria o efeito da reclamação judicial. No caso, um Mandado de Segurança, 18.697, de 21 de maio de

¹⁹¹ ARAÚJO, *op. cit.*, p. 132.

¹⁹² “O apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da jurisdição administrativa (o contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum, instituindo-se, dessa forma, o sistema da dualidade de jurisdição”. DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹³ CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 434.

1969. O autor encerra dizendo que sua tese só não prosperou devido à ocorrência de um ato de efeitos constitucionais (Ato Institucional nº 5) que alterou as regras do mecanismo legislativo admitindo a livre demissão desses funcionários.¹⁹⁴

O ex-ministro do STF cita outro caso de limitação legal ao poder discricionário que existia na Constituição de 1946. Tratava-se do direito de reunião. Nesta Constituição era assegurado esse direito, permitindo à autoridade fixar o lugar da reunião, mas explicando, contanto que o fazendo, não impedisse o exercício desse direito. A proteção judicial teria lugar em se provando o caráter inacessível ou absurdo do local fixado, mas não tiraria à autoridade o direito de proteger o interesse ou a segurança pública contra a localização em lugar inadequado, perturbando a vida e o interesse de terceiros.¹⁹⁵ Assim, percebemos que é legítima a limitação ao poder discricionário se provado que não há interesse público a ser protegido com a indicação de local inapropriado pela autoridade.

Desse modo, o autor arremata, ao dizer que a motivação e a prova do motivo excedem à esfera do poder discricionário. O ato deixa de ser discricionário para se tornar vinculado a um motivo e à prova desse motivo. Entretanto, feita essa prova, subsiste uma parcela de poder discricionário, pois o controle já não se poderá exercer sobre o conteúdo do ato e da medida do seu exercício pelo agente que o praticou. Daí que surgiu a teoria do desvio de poder, que não exclui a competência de quem o praticou, mas o invalida, porque excedeu os limites legais, demarcados pelos motivos legítimos, assim como a lei os definiu.¹⁹⁶

A exigência de motivação expressa é observada na seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO DE CURSO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE.

- 1. A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e*

¹⁹⁴ CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 434.

¹⁹⁵ CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 434.

¹⁹⁶ CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 434.

congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I e § 1º da Lei nº. 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato.

(...)

3. *Segurança parcialmente concedida, para declarar a nulidade do ato administrativo*".¹⁹⁷

Odete Medauar relata que na França, segundo jurisprudência secular, o autor do ato administrativo não tinha a obrigação de apresentar os seus motivos expressamente, nem permitir a ciência dos administrados a estes, salvo determinação de lei ou regulamento. Essa orientação remonta aos fins do século XIX, época do ministro-juiz em que se contrapunham as decisões jurisdicionais, que deviam ser motivadas, aos atos administrativos. Em julho de 1979 é editada, na França, uma norma que obriga a motivar os atos administrativos individuais, modificando, assim, uma tradição francesa secular, oferecendo ao administrado o direito de conhecer os motivos de uma decisão. Neste sentido, a Constituição do Estado de São Paulo, de 5 de outubro de 1989, no seu art. 4º, determina que seja observado nos procedimentos administrativos, qualquer que seja o objeto, da exigência de despacho ou decisão motivados.¹⁹⁸ A autora ao citar os ensinamentos de Araújo Cintra, expõe que a motivação auxilia o controle da legalidade do ato administrativo, explicitando os motivos que estimularam a ação do administrador, revelando os sintomas de um eventual desvio de poder. Portanto, a motivação do ato administrativo se torna muito importante para dar oportunidade ao controle dos critérios adotados pelo administrador na opção por uma ou outra das alternativas que lhe confere a lei. Neste controle não se inclui apenas o controle jurisdicional, mas o controle numa acepção mais ampla, incluindo o controle político, em sentido restrito, e o da opinião pública, visto que a população é a maior interessada na correção da atividade administrativa.¹⁹⁹

É assim que na visão de Gustavo Binenbojm²⁰⁰ as transformações que o direito administrativo sofreu recentemente impõe uma mudança na noção de discricionariedade administrativa. Binenbojm propõe que ao invés da

¹⁹⁷ Superior Tribunal de Justiça, MS nº 9.944/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 13.06.2005.

¹⁹⁸ MEDAUAR, *O direito administrativo...*, op. cit., p. 197-198.

¹⁹⁹ MEDAUAR, *O direito administrativo...*, op. cit., p. 198.

²⁰⁰ BINENBOJM, *Uma teoria do direito administrativo...*, op. cit., p. 39.

discrecionalidade ser um campo carecedor de legitimação, seja um espaço não de escolhas puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei.

13 Os impedimentos e os limites à revisão do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário

Se nos capítulos anteriores bebemos nas fontes da doutrina que é favorável e até mesmo justifica o pleno controle dos atos discricionários por parte do Poder Judiciário, neste capítulo veremos a corrente oposta, aquela em que não há a possibilidade de sindicabilidade dos aspectos discricionários do ato administrativo.

De forma bem explícita, Miguel Seabra Fagundes defende que:

Pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar, põe-se restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e conseqüências. Quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere à conformidade com a lei. Relativamente às conseqüências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder Executivo, em todos os seus aspectos, nem o invalida totalmente.²⁰¹

É dessa forma que para Miguel Seabra Fagundes é vedado ao Poder Judiciário apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. O seu exame, cabe tão somente em relação à legalidade do ato. O mérito está no sentido político do ato administrativo e compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, relativos ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc. de todo procedimento administrativo. Estes aspectos envolvem interesses e não direitos. Ao judiciário não se submetem os interesses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. Por isso é que o mérito é de atribuição apenas do Poder Executivo, e o Poder Judiciário nele penetrando “faria obra de administrador, violando, destarte, o princípio de separação e independência dos poderes. Os elementos que o constituem dependem do critério político e meios técnicos inerentes ao exercício do

²⁰¹ FAGUNDES, *op. cit.*, p. 126.

Poder Executivo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional.²⁰²

Já a análise da legalidade tem um aspecto puramente jurídico. Limita-se a verificar se os atos da Administração “obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma”.²⁰³ A sindicabilidade jurisdicional, então, pararia por aqui.

No mesmo sentido são as ponderações de Romeu Felipe Bacellar Filho. O autor afirma que a lei não deixa margem de atuação em relação à competência, finalidade e a forma, mas, tem-se que o mérito pressupõe o exercício da discricionariedade e assim, recai sobre os elementos objeto e motivo. Dessa forma, a correção judicial não cabe em relação a estes aspectos, a não ser que se caracterize excesso ou desvio de poder. Por isso que não cabe ao Judiciário adentrar no mérito administrativo.²⁰⁴

Rivero afirma que qualquer ato administrativo está no mínimo submetido a duas condições impostas pelo direito; uma refere-se à autoridade para tomá-lo, a outra relativa aos fins que se deve prosseguir. Nestes dois pontos a administração estaria sempre vinculada. O eminente jurista francês faz a ressalva de que a administração conserva sempre um mínimo de discricionariedade, mesmo nos atos mais vinculados. Isso é o que se chama de *escolha do momento*. A administração é livre para apreciar conforme as suas necessidades de funcionamento *quando* é que poderá tomar suas decisões que se façam necessárias. Poderá escolher entre a ação e a abstenção e também quanto ao conteúdo da decisão, por exemplo, os meios a utilizar com vista ao fim procurado. Este autor cita o exemplo no qual a competência de um júri de exame é sempre vinculada quanto aos programas, ao número e à natureza das provas, etc.; quanto à apreciação dos méritos dos candidatos é discricionária.²⁰⁵

Nem mesmo os atos discricionários refogem do controle judicial porque quanto à competência, à finalidade, à forma e aos próprios limites do discricionarismo constituem matéria de legalidade, tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro elemento de ato vinculado. Já acentuamos que a discricionariedade não se confunde com a arbitrariedade: o ato discricionário, quando permitido e emitido nos limites legais é lícito e válido;

²⁰² FAGUNDES, *op. cit.*, p. 126-128.

²⁰³ FAGUNDES, *op. cit.*, p. 129.

²⁰⁴ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, p. 73.

²⁰⁵ RIVERO, *op. cit.*, p. 95.

o ato arbitrário é sempre ilícito e inválido. Daí por que o Judiciário terá que examinar o ato argüido de discricionário, primeiro, para verificar se realmente o é; segundo, para apurar se a discricção não desbordou para o arbítrio. O que o Judiciário não pode é ir além do exame de legalidade, para emitir um juízo de mérito sobre os atos da Administração.²⁰⁶

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica que, sendo a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador, este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. É por esse motivo que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, “estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém pode decidir diante de cada caso concreto”.²⁰⁷

Themístocles Brandão Cavalcanti afirma que não seria lícito transferir para o Judiciário o controle do que é discricionário, sob pena de negar a própria existência do poder de polícia e a discriminação nesses atos. O que a lei assegura e protege a defesa do Judiciário diz respeito às conseqüências jurídicas do ato, naquilo que atinge a situações jurídicas existentes. “É a proteção da ordem jurídica, da ordem legal, que se pretende e não a eficiência e economia dos serviços administrativos, da utilidade ou necessidade desses atos”. O autor continua dizendo que “é a violação da lei que importa considerar, violação da lei ferindo situações jurídicas debaixo de sua proteção”. E mais ainda: “O que importa aqui é a análise do ato administrativo, quanto à competência da autoridade, ao uso que dela fez, a aplicação que deu à lei, à violação dos seus preceitos”.²⁰⁸ Com relação ao controle jurisdicional dos motivos do ato administrativo, assim explana o autor:

Não temos nenhuma dúvida quanto à precariedade, muitas vezes, de fronteiras entre a inexistência de motivos do ato e a sua ilegalidade e de que os motivos aparentes nem sempre representam a realidade do procedimento administrativo, mas não é menos certo que o controle dos motivos, de sua existência ou realidade, nunca poderia atingir aqueles atos que se executam no exercício pleno de um poder discricionário e que, por isso mesmo, não precisam ter outro motivo que não o próprio interesse do serviço público.²⁰⁹

²⁰⁶ MEIRELLES, *op. cit.*, p. 605.

²⁰⁷ DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, *op. cit.*, p. 96.

²⁰⁸ CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 448.

²⁰⁹ CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 448.

Para corroborar esse pensamento, Themístocles Brandão Cavalcanti argumenta que, se a Administração, por exemplo, no uso desse poder, escolha determinada orientação administrativa ou técnica por julgá-la assim melhor, o Judiciário nunca poderia anular esse ato por considerar errônea essa escolha ou por optar por outra solução alegando não serem reais os motivos desse ato administrativo. Muitas vezes falta ao Judiciário conhecimentos técnicos para apreciar um ato da Administração. Assim é que, quando o poder de escolha não estiver limitado por *standards* legais, não se justifica em nenhum momento o controle dos motivos do ato, nem mesmo quanto à sua veracidade ou existência. O autor cita exemplos de atos imunes ao controle jurisdicional como os casos de nomeação e admissão e também atos que obedecem a considerações de ordem técnica. E para concluir o seu raciocínio, Themístocles Brandão Cavalcanti afirma que “é um regresso evidente no desenvolvimento da técnica de governo a devolução, a um organismo inteiramente leigo, do controle de numerosas técnicas aplicadas pela Administração, técnicas que abrangem hoje o terreno industrial e científico”.²¹⁰

Rivero, no mesmo sentido, é enfático ao dizer que o controle do juiz pára onde pára o controle da legalidade e não se estende ao poder discricionário, que depende da apreciação de oportunidade, estranha à missão do direito. Como o juiz cria regras de direito, o que lhe é possível é subtrair certos elementos do ato, submetendo-os a uma regra jurisprudencial.²¹¹

Para determinarmos o alcance jurídico da discricionariedade é necessário que entendamos a relação existente entre poder discricionário e legalidade.

Rivero expõe que:

O poder discricionário não é susceptível de *graus*; um poder não é *mais ou menos* discricionário; é se a lei deixa a Administração senhora do seu exercício, não o é se lhe dita as condições. Mas no seio de um acto pode haver mais ou menos discricionariedade, consoante a lei deixe mais ou menos elementos da decisão à livre apreciação da Administração.²¹²

Segundo este autor, o poder discricionário não está em contradição com o princípio da legalidade. A discricionariedade começa onde as exigências da legalidade terminam. Ao agir de forma discricionária, a administração não age contra

²¹⁰ CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 449.

²¹¹ RIVERO, *op. cit.*, p. 96.

²¹² RIVERO, *op. cit.*, p. 95.

a legalidade, uma vez que, a sua liberdade resulta do fato de a legalidade nada lhe impor acerca deste ponto.²¹³

A ação administrativa se depara com novos domínios que acabam por restringir o esforço judicial para reduzir o poder discricionário. Urbanismo, orientação da economia, ordenação do território, etc., são matérias às quais há uma diversidade de casos particulares ou de evolução dos fatos, e assim o risco de comprometer uma tomada de decisão acertada pelo administrador inibe a criação de regras demasiado constrangedoras. Pode-se dizer que a legalidade tradicional está sendo substituída por uma legalidade “elástica”, menos constrangedora para a administração devido a tais necessidades que a jurisprudência deve ter em conta. Assim, o traçado de uma auto-estrada poderia se afastar do esquema diretor da ordenação da região, desde que ele não seja incompatível com esse documento.²¹⁴

14 Até que ponto o controle judicial da discricionariedade administrativa é a solução para se chegar a uma melhor Administração Pública

Como foi visto no capítulo em que tratamos da corrente que é a favor e até mesmo justifica a necessidade de um controle jurisdicional dos aspectos discricionários do ato administrativo, o controle judicial da discricionariedade administrativa é defendido como uma forma de fiscalização para o bem administrar, para que a Administração Pública não se afaste dos direitos e garantias exarados constitucionalmente nem mesmo dos princípios gerais do nosso ordenamento jurídico. Ou seja, o que se manifesta implicitamente nesse movimento é uma forma de obrigar o administrador público a tomar a decisão com base na melhor opção que se apresente, frente ao interesse público²¹⁵ que se mostra carente de atendimento naquele momento, e o mandato recebido da população não seja uma mera carta em branco.

²¹³ RIVERO, *op. cit.*, p. 96.

²¹⁴ RIVERO, *op. cit.*, p. 96.

²¹⁵ Themístocles Brandão Cavalcanti afirma que o preenchimento do conceito de expressões como “interesse público” e “oportunidade” caberá ao executor do ato definir em espécie o seu conceito, em função do momento e das condições em que o ato se há de realizar. Assim, interesse público em matéria de transporte serão, por exemplo, tarifas razoáveis, serviço adequado, estabilidade econômica da empresa. Já em relação à legislação de preço e de salário, interesse público será o justo valor ou o suficiente para manutenção do trabalhador e sua família, em função de condições que só especificamente podem ser apuradas. CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 436.

A esse respeito, repetimos as indagações do mestre espanhol Eduardo García de Enterría: *“Como controlar a regularidade e a objetividade das apreciações subjetivas da Administração? Como evitar que, invocando essa liberdade estimativa, se ofenda no caso concreto a eqüidade? Como impedir que a liberdade de apreciação não pare em arbitrariedade pura e simples?”*²¹⁶

Sem sombra de dúvidas, esses questionamentos que soam com certo de sentimento de inquietação em relação à complexidade do tema, são de todos nós. A responsabilidade do Poder Executivo é algo inquestionável, afinal, são recursos financiados por toda a população, desde a parte mais baixa a mais alta da cadeia social, que estão sendo postos diante de um representante democraticamente eleito. Como as necessidades, as carências sociais, econômicas e culturais do Brasil são inúmeras, daí a justa preocupação de que esses recursos sejam devida e eficazmente aplicados.

Não é outra a preocupação de Juarez Freitas que chegou até mesmo a editar uma obra no ano de 2007 intitulada de: *“Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública”*.²¹⁷ O autor assevera:

O direito fundamental à boa administração pública, assimilado com rigor, favorece a releitura da responsabilidade do Estado, notadamente para combater, além dos excessos de discricionariedade, a omissão, isto é, o não-exercício devido das competências discricionárias. De fato, o exercício da discricionariedade administrativa pode resultar viciado por abusividade (arbitrariedade por excesso) ou por inoperância (arbitrariedade por omissão). Em ambos os casos é violado o princípio da proporcionalidade, que determina ao Estado Democrático não agir com demasia, tampouco de maneira insuficiente, na consecução dos objetivos constitucionais.²¹⁸

Nesse passo, então, deixamos a seguinte pergunta: será que a solução para esta questão está no controle judicial da discricionariedade administrativa? Será que este controle será o responsável por uma melhor Administração Pública?

Após o estudo do fenômeno desta espécie de controle, propõe-se a inversão do olhar para uma efetiva participação dos atores políticos, públicos e privados, no tecido social ao invés de simplesmente procurar mecanismos cada vez maiores de sindicabilidade jurisdicional dos atos administrativos.

²¹⁶ ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 392.

²¹⁷ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

²¹⁸ FREITAS, *Discricionariedade Administrativa...*, *op. cit.*, p. 62.

Creemos que o Judiciário, que passa por uma crise diante da sua responsabilidade ante o atual cenário social²¹⁹, bem como uma crise funcional e estrutural diante da burocracia que o assola, tornando-o, não raro, ineficiente e incapaz de cumprir com suas cotidianas tarefas operativas²²⁰, não é a solução para que o administrador público encontre sempre a opção mais acertada diante do caso concreto.

O Judiciário cumpre com o seu papel quando interfere para que os princípios e valores exarados constitucionalmente sejam efetivados, quando zela pelo fiel cumprimento das leis e a consonância dos atos administrativos com o ordenamento jurídico. Porém, em relação à sindicabilidade do mérito do ato administrativo vemos essa possibilidade com reservas. O exemplo que apresentamos da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público contra o Município de Joinville no qual reclamava da inversão de prioridades no momento em que era desapropriada uma área para construção de um estádio de futebol quando havia quase 3.000 mil crianças sem vagas nas escolas é bem oportuno para a presente discussão.

Ninguém nega o quanto o desfecho do acordo judicial foi favorável para a educação do Município, pois o Termo de Ajustamento de Conduta que foi firmado entre o Município e o Ministério Público prevendo a construção dos centros educacionais reclamados foi uma solução feliz para o problema das crianças que estavam sem vagas nas escolas. Contudo, a liminar que, de início, condenou o Município a abrir as vagas necessárias no período de 45 dias, sob pena de multa mensal, foi uma decisão que, se no plano fático até mesmo se justificaria, no plano legal é insustentável. Uma interferência de tal profundidade não se respalda juridicamente, tanto é que no presente caso, a liminar do juiz de primeiro grau foi cassada pelo TJ-SC.

Se o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, determina a inafastabilidade do controle jurisdicional, o parágrafo único, do art. 1º, do texto constitucional, mediante o princípio democrático determina que *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”*. Ou seja, o administrador público é um representante eleito pelo povo de forma

²¹⁹ Conforme capítulo 5 do presente estudo.

²²⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Densificações Democráticas do serviço público no Brasil: Alguns Pressupostos*. **Revista Jurídica Themis** / Centro Acadêmico Hugo Simas (org.) – Edição Especial Semana Acadêmica do CAHS – Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Contemporânea (2008). – Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2008. p. 170.

democrática (o mesmo não se pode dizer do Poder Judiciário) e legítima, concretizando um dos mais importantes princípios constitucionais, e também, não há dúvida de que a gestão da Administração Pública toca ao Poder Executivo.

Ao jurista cabe a necessidade de se apontar novas perspectivas e soluções no interior do sistema, aptas a garantir e a ampliar a eficácia conjunta dos princípios e das normas à luz da subordinação à lei e ao sistema que a transcende, em intensidade e extensão.²²¹ Completamos este pensamento ao afirmar que o administrador, ao tomar qualquer decisão, deverá conhecer o sistema jurídico, numa visão geral dos seus princípios, normas e precedentes jurisprudenciais. O atuar administrativo não poderá estar dissociado do universo jurídico, sob pena de decisões inválidas e que juridicamente já nasçam defeituosas.

Essa responsabilidade, inerente ao administrador público, terá que se unir a uma efetiva adesão social em torno da atuação do Estado. A sociedade não pode ficar alheia à administração dos seus interesses e aguardar somente no Judiciário uma fiscalização eficaz para melhoria da Administração Pública. O pensamento de Rogério Gesta Leal harmoniza-se com esta proposta:

Qualquer Administração Pública para se configurar como democrática e comunicativa, precisa, (...) contar/construir o maior número possível de adesão social legítima, adquirida através de ações comunicativas eficazes, com todos os agentes envolvidos e alcançados pelo exercício do poder político – institucionais ou não. Ao mesmo tempo, pelo fato das ações administrativas cotidianas comportarem pretensões (de serviços públicos, por exemplo), sendo elas constituídas de verdades proposicionais, fundadas em correções normativas, e veracidades subjetivas, devem satisfazer um requisito essencial: serem suscetíveis de fundamentação e crítica constantes, retroalimentadoras do controle e depuração social.²²²

O autor continua:

(...) o que se busca na Administração Pública (e no serviço público) e com ela, é a garantia de um espaço público de enfrentamento de todas as particularidades deste cenário, acolhendo a diversidade e a diferença como elementos imprescindíveis para o debate, a deliberação e a execução das políticas públicas norteadoras das ações voltadas à comunidade como um corpo político orgânico e ativo. É este plano de visibilidade plena e plana que deve marcar o novo modelo de gestão pública compartilhada, criando as condições objetivas e subjetivas para que a participação política da cidadania seja condição de possibilidade da Administração Pública Democrática de Direito.

²²¹ FREITAS, *O controle dos atos...*, op. cit., p. 22.

²²² LEAL, *Densificações Democráticas...*, op. cit., p. 178.

Quanto mais elaborado for esse novo modelo de gestão compartilhada, maior será o controle social para uma melhor, mais eficiente e eficaz Administração Pública. A sociedade organizando-se em prol do gerenciamento dos seus próprios interesses inverterá a necessidade de uma crescente ingerência judicial no atuar da máquina estatal, para uma gestão comprometida com as demandas da comunidade à qual representa. Desta forma, a legitimidade do controle da discricionariedade administrativa estará nas mãos de quem realmente deveria estar, isto é, dos cidadãos que elegeram o seu representante para dirigir de forma devida os interesses sociais.

Conclusão

Diante do fenômeno do controle judicial da discricionariedade administrativa percebemos que não há unanimidade por parte da doutrina em relação ao limite da sindicabilidade judicial do ato administrativo discricionário. A visão dos ilustres autores estudados nos leva à certeza de que se é certa a margem de atuação que o administrador público recebe do ordenamento jurídico para o bem administrar a máquina estatal, não será tão fácil e pacífico o entendimento a respeito do possível controle judicial que a discricionariedade administrativa poderá receber.

Estudamos que o princípio da legalidade, ao lado de outros princípios, é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito e que é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. O princípio da legalidade exige ser compreendido não mais numa dimensão formal, mas com um conteúdo substancial, conformando a lei com a Constituição e especialmente com os direitos fundamentais.

Como o regime jurídico administrativo é o conjunto dos princípios, de matriz constitucional, que determinam e orientam a compreensão de todo o direito administrativo, ao administrador público só caberá agir de acordo às normas jurídicas e institutos atinentes a este regime jurídico.

É dessa forma que podemos afirmar, sem receio algum, que o administrador público submete-se não apenas à lei, mas ao Direito em toda a sua inteireza. A legalidade está em toda a atividade funcional do administrador público e dela não há como se afastar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal. E como foi visto, para tal conclusão não há necessidade de se ampliar o conceito do princípio da legalidade. A vinculação constitucional da atividade administrativa, trazida pela Carta de 1988, não se resume apenas a esse princípio. Ao seu lado, nosso texto constitucional coloca o princípio da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência²²³.

O ato administrativo, então, deverá ser o protagonista de todo estudo acerca do controle judicial da discricionariedade administrativa, pois este ato é a manifestação da vontade da Administração Pública por meio dos seus agentes²²⁴. Não palmilhar este terreno será cair na incompletude e superficialidade.

²²³ BACELLAR FILHO, *Princípios constitucionais...*, op. cit., p. 160.

²²⁴ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 66.

Da análise dos elementos do ato administrativo, percebemos que a lei não deixa margem de atuação para a competência, a finalidade e a forma. Esses elementos são vinculados. Mas, sobre os elementos objeto e motivo recai o mérito administrativo, que pressupõe o exercício da discricionariedade. A lei concede uma margem de atuação e possibilidade do administrador examinar qual o melhor caminho legal a seguir. Nesse momento, quando há a escolha desse caminho legal, o administrador aborda o *mérito* do ato administrativo²²⁵. O importante a observar é que o mérito “tem sentido próprio e diverso do mérito processual, e só abrange os elementos não vinculados do ato da Administração, ou seja, aqueles que admitem uma valoração de eficiência, oportunidade, conveniência e justiça”.²²⁶

É o sobre o controle judicial do mérito do ato administrativo que há as maiores dissidências na doutrina e onde se localiza o centro de toda polêmica.

Percebemos que ao longo do tempo o processo de juridicização da discricionariedade administrativa só tem aumentado. A consideração da legalidade em sentido amplo conquista importantes adeptos e o esforço doutrinário caminha no sentido de compor a sua justificação.

Nesta via, procura-se o alargamento da vinculação da Administração Pública como a solução para os males da arbitrariedade, ineficiência e inoperância do administrador público.

Partindo de tais premissas, encontramos dificuldade em entrever (pelo menos com o arcabouço legal tal qual possuímos hodiernamente) uma demonstração legal e teórica consistente para a apreciação judicial do mérito administrativo. Não há dúvida que a competência, a finalidade e a forma dos atos administrativos são por natureza vinculadas. Ou seja, a lei não deixa margem de atuação. Mas, desde que não se caracterize excesso ou desvio de poder, tem-se que o mérito, que recai sobre os elementos objeto e motivo do ato administrativo, pressupõe o exercício de uma discricionariedade que é necessária para que o representante democraticamente eleito possa executar os seus planos de governo.

Ficará claro que a construção de um hospital em uma área comercial da zona urbana não estará de conformidade com o interesse público. Mas, impedir de se construir um hospital para construir uma escola em seu lugar, a nosso ver, não será tarefa para o Poder Judiciário.

²²⁵ BACELLAR FILHO, *Direito Administrativo...*, op. cit., p. 72.

²²⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 131.

Certamente o tema não é de fácil solução. Todas as minúcias e peculiaridades da vida impedem uma regulação estrita da atuação estatal. Como a complexidade humana faz surgir milhares de situações e possibilidades dia após dia, definir os limites do mérito administrativo e do seu controle pelo Poder Judiciário torna-se uma tarefa tão difícil, que esta geração possivelmente não irá presenciar o fim desta controvérsia.

Portanto, acreditamos que qualquer controle que se queira infligir ao mérito do ato administrativo deverá passar necessariamente pela sociedade, numa participação efetiva dos atores políticos, públicos e privados num modelo de gestão aberto ao debate e de conformidade com as demandas da sociedade. Não há que se pensar em formas de controle da Administração Pública sem a participação ativa daqueles que elegem o seu representante. Em critérios de importância, o controle exercido pelo Judiciário e o controle social da gestão estatal ocupam o mesmo lugar, ambos são fundamentais para uma melhor Administração Pública. O Poder Judiciário não tem estrutura, nem meios operacionais e técnicos para, sozinho, enfrentar este desafio.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1992.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direito Público e Direito Privado: Panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. **Revista Jurídica Themis** / Centro Acadêmico Hugo Simas (org.) – Edição Especial Semana Acadêmica do CAHS – Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Contemporânea (2008). – Curitiba: Centro Acadêmico Hugo Simas, 2008.

_____. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BINENBOJM, Gustavo. Direito Administrativo em 2006: Uma breve resenha. **Revista de Direito do Estado** – nº 5 (janeiro/março 2007) – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. – Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Constitucional da Democracia Participativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do Poder Discricionário. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, seleção histórica, 1991.

DAL BOSCO, Maria Goretti. **Discricionariedade em políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª Ed. – São Paulo.

Editora Atlas, 2003.

_____. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988** / 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

EISENMANN, Ch. O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, nº 56, p. 47-70, abr./jun.1959.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **Curso de Direito Administrativo** / Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández; tradução Arnaldo Setti, colaboração Almudena Marin López e Elaine Alves Rodrigues. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1989.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Discrecionalidade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

G1 Notícias: <http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL110330-5601-51,00.html>, Acesso em: 07/09/09.

G1 Notícias: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL59046-5598,00.html>, Acesso em: 07/09/09.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 8ª. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. 2ª Edição – tradução de Arno Dal Ri Júnior – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. **Direito Administrativo e Judiciário**. São Paulo: Editora Leud. 1998.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEAL, Rogério Gesta. Aspectos exploratórios da natureza política do Poder Judiciário democrático no Brasil. **Estudos Constitucionais** / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, José Luis Bolzan de Moraes, Lenio Luiz Streck (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L9784.htm>. Acesso em: 13/08/09.

MARINONI. Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 2. Ed. Ver., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2003.

_____. **Discricionariedade e Controle Judicial**. 2ª Ed. 8ª tiragem. São Paulo:

Malheiros. 2007.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A atuação do juiz no Estado Democrático de Direito: Em busca do ponto de equilíbrio. **Estudos Constitucionais** / Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, José Luis Bolzan de Moraes, Lenio Luiz Streck (organizadores). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, nº 97, p. 01-08, julho-setembro de 1969.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina. 1981.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1994.

SESIN, Domingo Juan. Acceso a La Jurisdicción y Tutela Judicial Efectiva. **Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos** / Jorge Luis Salomoni; Romeu Felipe Bacellar Filho y Domingo Juan Sesin. 1ª Edição – Buenos Aires, Ad -Hoc, 2006.

Supremo Tribunal Federal:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfRelatorio/anexo/STF_Relatorio_de_Atividades_2008_capa2.pdf. Acesso em: 24/09/09.

Universidade do Porto:

http://sigarra.up.pt/up/web_base.gera_pagina?P_pagina=1001757. Acesso em: 23/09/09.

Vote Brasil: <http://www.votebrasil.com/noticia/politica/combate-a-corrupcao-estanca-no-brasil-diz-transparencia-internacional>. Acesso em: 07/09/09.

Wikipédia: http://pt.wikipedia.org/wiki/Esc%C3%A2ndalo_do_mensal%C3%A3o. Acesso em: 07/09/09.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros. 1996.